

SHAUÃ MARTINS CASAGRANDE

**TÓPICA: MÉTODO ARISTOTÉLICO NAS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

**Curitiba
2007**

SHAUÃ MARTINS CASAGRANDE

TÓPICA: MÉTODO ARISTOTÉLICO NAS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada como
requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito do Setor
de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Profº Celso Luiz Ludwig

Curitiba
2007

Sumário

Introdução.....	1
Capítulo 1 – Concepção Histórica Medieval da Ciência do Direito.....	4
1.1 – História, Metodologia e Fundamentos do Direito.....	4
1.2 – Contraposição entre a Ciência Jurídica Medieval e a Romana	9
1.3 – Relação entre Direito Canônico e Sistematização do Direito.....	9
1.4 – O Direito Medieval e a Ciência no Ocidente.....	12
Capítulo 2 – Base Histórica da Tópica	14
2.1 – A Tópica de Aristóteles	14
2.2 – A Tópica de Cícero	17
2.3 – A Tópica de Vico	18
2.4 – A Tópica de Theodor Viehweg.....	19
Capítulo 3 – Do Declínio da Tópica à Ascensão do Sistema.....	22
3.1 – A Tópica	22
3.2 – A Razão Sistemática.....	23
3.3 – A Modernidade e o Direito Racional	29
3.4 – O Declínio e os Problemas Metodológicos	33
Capítulo 4 – Alternativas Tópicas para o Direito	34
4.1 – A Tópica Aplicada ao Direito.....	34
4.2 – A Teoria da Argumentação como Alternativa Tópica	37
4.3 – Rebatendo Críticas	40
4.4 – A Importância da Tópica para o Direito.....	42
Capítulo 5 – Tópica: método aristotélico nas decisões do STF	43
5.1 – Tribunais Superiores e o Método Aristotélico.....	43
5.2 – A Aplicação da Tópica pelo Supremo Tribunal Federal.....	47
5.3 – Análise de Jurisprudência do STF e seus Fundamentos Tópicos	48
Conclusão	54
Referências	57

Introdução

A presente monografia pretende ultrapassar uma simples análise casuística de decisões. É um trabalho sobre uma técnica muito utilizada pela teoria do direito, como é possível perceber inúmeras dissertações de mestrado e teses de doutorado nas quais tratam do assunto, todavia não se tem dado a devida importância à tópica no campo da prática na realidade judiciária brasileira. Não é mera aplicação cega dela, mas sim uma recuperação teórica e histórica do pensamento e da cultura jurídica ocidental.

Assim, acende holofotes em certos aspectos do mundo jurídico que ficaram na escuridão, escondidos atrás de modelos científicos desenvolvidos na Idade Moderna. Dá-se importância aos processos decisórios, que como meio, levam a uma construção do direito. Este sistema caiu no esquecimento devido à concepção lógico-formal oriunda da modernidade, do positivismo do século XIX e do normativismo jurídico de Hans Kelsen da primeira metade do século XX.

Com isso, trata-se da influência dos modelos lógico-rationais na construção do saber hermenêutico, fazendo análise e interpretação dos primeiros exemplos de sistematização, entre eles o Código de Justiniano e o Decreto de Gratiano, surgidos durante a Idade Média, e os quais serviram como base para a construção de uma ciência jurídica moderna. Entretanto, só é possível aceitar essa forma de pensar quando se dá crédito aos tribunais por terem contribuído e por contribuir para a criação das normas jurídicas.

As doutrinas desse ramo contêm proposições ideológicas das quais decorreriam consequências pragmáticas. Devido a essa função, as teorias do direito utilizam o estilo da tópica, a qual não é propriamente um método¹, mas um modo de pensar por problemas, tendo o seu ponto de partida e final neles. Há, assim, a elaboração de conceitos com base casuística, os quais não são formalmente rigorosos, nem podem ser na forma de axiomas lógicos, mas são topoi da argumentação, ou seja, seriam na expressão de: a maioria ou o mais sábio decide a afirmação da realidade. Temos como exemplos de topoi os conceitos, que necessariamente devem ser abertos, de interesse público, legalidade, legitimação, justiça, entre outros. Apesar de o raciocínio tópico

¹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 03.

possuir uma abrangência maior do que a de um sistema lógico-formal percebe-se, desta forma, a existência de certos limites para não entrar em contradições.

A teoria da interpretação demorou a constituir um corpo sistematizado do conhecimento científico, devido à presença muito forte do processo tópico nas universidades européias. Somente na modernidade começa a organizar uma reflexão crítica, sistemática a respeito, surgindo, assim, o primeiro sistema interpretativo a partir do século XVIII.

Por causa do pensamento do século mencionado e do anterior, o qual considerava a interpretação uma atividade secundária, passa o foco a ser da estrutura formal lógico-dedutiva do direito. Não obstante as insistentes tentativas na Era Moderna de colocar a tópica no limbo e desligá-la da jurisprudência, essa entendida como ciência do direito, não foi bem sucedida, tendo vista a possibilidade de encontrá-la tanto antigamente como na atualidade. Com essas tentativas exigiu-se uma sistematicidade dedutiva rigorosa para transformar a jurisprudência em ciência do direito, se não fosse possível, a jurisprudência seria objeto de estudo da ciência jurídica, a qual deveria levar em conta a tópica e desenvolveria uma teoria da prática.

Temos neste caso, a adoção do formalismo. Porém, o Poder Judiciário encontra-se em crise devido ao descompasso dos referenciais interpretativos, ou seja, em determinadas ocasiões deve abandonar o tecnicismo e encontrar soluções razoáveis aos problemas. Essa nova metodologia, de unir a tópica com o sistema lógico-dedutivo é ponto decisivo na construção da normatividade do ordenamento jurídico.

Devido à preocupação com os mecanismos de natureza argumentativa que orientam as decisões, retomaram-se as experiências grega e romana, atualizando-as. Temos, como contribuição para a tópica, reflexões de Aristóteles, Cícero, Vico e Viehweg. Este, de forma brilhante, atualizou o pensamento tópico e procura desvanecer os impasses existentes com o modelo da cultura jurídica contemporânea.

Há desta forma a grande contraposição entre ciência e prudência, aquela está baseada na lógica analítica e suas demonstrações são apodíticas. Já a base para esta é a retórica, e suas demonstrações são através de um silogismo considerando premissas aceitas pela comunidade como parecendo verdadeiros, e não como verdade absoluta.

Esse estudo, assim como foi a intenção de Viehweg, pretende retomar o pensar tópico na ciência do direito, considerada máxima, através da reiteração de soluções

casuísticas, possibilitando a investigação dos próprios fundamentos da ordem jurídica, por um raciocínio indutivo e não por mero silogismo normativo. A sua fundamentação não ocorre simplesmente pela autoridade do Poder Judiciário, mas também pela adesão social, assim, as decisões além de imposição de conduta devem aproximar-se de valores socialmente consagrados para permitir a relação entre o mundo jurídico e o senso comum, considerando o contexto no qual é aplicado.

A normatividade é um complemento do poder legislativo com o judiciário, do silogismo lógico dedutivo com a tópica. O estudo sobre esta evoluiu muito nas últimas décadas. A base para esse trabalho circunda em torno dos clássicos sobre a tópica, produzidos pelos quatro pensadores citados anteriormente, também dos clássicos sobre a teoria da argumentação elaborados por Chaim Perelman e por último, de uma decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal correspondendo à jurisprudência brasileira.

Aqui encontramos cinco eixos temáticos, os quais foram divididos em capítulos. A princípio são avaliadas as raízes medievais, fazendo balanço da crise e da possibilidade de retomada, onde também se estuda a fonte romanística e canônica. O segundo capítulo dá enfoque à base histórica da tópica, percorrendo o pensamento dos clássicos, desde o filósofo grego ao pensador alemão. O capítulo seguinte trata sobre a diferenciação do raciocínio tópico e sistemático para uma possível harmonização, assim como da crise da tópica e da ascensão do sistema lógico-dedutivo. No quarto capítulo explana a insuficiência do positivismo para debater alternativas tópicas, e defende-se essa para uma nova metodologia da ciência do direito. O último é uma demonstração da tópica e do papel criativo de normas pelos tribunais superiores, com uma análise casuística do STF.

Desta forma, pretende-se demonstrar a possibilidade de conjugação da metodologia tópica com a sistemática na ciência do direito, a qual na realidade se encontra latente, mas nem todos desejam ou conseguem perceber.

Capítulo 1 – Concepção Histórica Medieval da Ciência do Direito.

No direito, as leis representam unicamente uma parcela do todo, à margem desta, há também construções conceituais estabelecidas no passado. Temos como evidência a adaptação, voluntária ou compulsória, das instituições permanentes, entre elas as universidades, os tribunais e até mesmo a igreja, a novas situações, ocorrendo esse fenômeno durante toda a história, mas cabe neste momento analisar apenas a transição da Alta para a Baixa Idade Média. Com isso, estilos e métodos sucedem-se e combinam-se, criando sempre novos padrões, sendo comum em todas as ciências, inclusive no direito.

Assume-se como um ponto de vista a ser apreciado neste trabalho, a tese do professor Paulo Roberto Soares Mendonça² em suas obras, de que a sistematicidade do direito não surgiu apenas com a Era Moderna, mas muito antes com os institutos criados de maneira tópica na transição entre os períodos de ascensão e queda da Idade Média.

Segundo o ilustre pensador Mendonça³, com supedâneo em Harold Berman, essa evolução e adaptação é chamado de desenvolvimento orgânico, onde o passado é reinterpretado para satisfazer as necessidades do futuro, e não pode ser tida como absoluta, contudo dessa tendência é possível enumerar certas características da tradição jurídica ocidental, as quais são: campo jurídico definido, apesar de influências pela política, religião, moral e costume; profissionalização da atividade jurídica, atividades básicas com relação à lei; concepção sistemática do direito, visão de um todo coerente para superar contradições entre normas e formular conceitos jurídicos gerais; superioridade da lei sobre o governante, em aspectos importantes o direito transcende a política, e; coexistência em uma comunidade de diversas jurisdições e sistemas jurídicos, tendo como exemplo direito secular e eclesiástico.

Percebe-se um embate direto entre o ideal e o real, e entre a dinamicidade e a estabilidade. Como explanado anteriormente, com frequência a mudança eventual não traz ruptura e sim, a renovação dos sistemas existentes. Estuda-se o direito no medievo em vista do apogeu da tópica naquela época.

² MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 14-18.

1.1 – História, Metodologia e Fundamentos do Direito

O pensamento espalhado após o surgimento das doutrinas da modernidade a partir do século XVII é de um direito como conjunto de regras sistemático, não obstante é necessário superar as barreiras impostas por essas idéias, visto que os primeiros sistemas não surgiram apenas há quatro séculos e sim, com o direito canônico nos séculos XI e XII⁴, sendo este o primeiro sistema jurídico ocidental. Desta forma, procuram-se meios alternativos para uma reflexão do modo de análise, já que o processo atual não supre as necessidades de uma sociedade em contínua evolução.

O paradigma anteriormente aceito era o do direito natural, onde razão e consciência são fundamentos de todo o direito, justamente porque deveria ocorrer a coerência entre as jurisdições existentes. Todavia há outros enfoques possíveis, sendo adotado o histórico a partir do século XVII, o qual teve prestígio na Alemanha do século XIX com a Escola Histórica⁵. Vêm-se, assim, as indefinições surgidas com a sucessão das escolas, as quais devem ser analisadas harmoniosamente, pois todas contribuíram de alguma forma para o estudo do direito. Podemos exemplificar com um método histórico complementando o dogmático, o político e até mesmo o da equidade.

A premissa do legalismo e da sistematização das normas está em crise no século XXI, devido as grandes mudanças sociais ocorridas no anterior. Berman, citado por Mendonça⁶, afirma que após tantas mudanças apenas quatro características se mantiveram, as quais são: autonomia do direito; profissionalização da atividade jurídica; preocupação sistematizante e conceitual do direito, embora haja uma reflexão sobre um sistema jurídico aberto, e; existência de centros de preparação jurídica. Entretanto, também lembra de outras características em declínio, entre elas: corpo coerente de normas, pois o direito é cada vez mais formado por decisões antagônicas que são harmonizadas por procedimentos de natureza técnica; desenvolvimento orgânico, vislumbra-se o rompimento com os vínculos históricos, pois as mudanças são ocasionadas por pressão externa e não adequação de ciência e prática; superioridade do direito em relação à política, aquela passa a ser usada em função desta, e; pluralismo

⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. LXXIV.

⁵ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. XXV.

⁶ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 22-25.

jurídico, superado com a proibição da existência de outro que não o Estado de produzir normas.

A idéia de uma tradição jurídica ocidental preservando o seu perfil⁷ caiu por terra, criando-se um novo direito que deixa a continuidade e a congruência, passando de uma preocupação moral e racional para se preocupar com uma imagem de resultado e eficiência. A prova desse declínio, do papel social do direito, é a dificuldade de efetivação das normas jurídicas e o descrédito do próprio direito, todavia deve-se atentar para não recair em um enfoque imediatista, com caráter de política pública, pois é inerente ao direito um caráter de permanência.

A solução para esta crise, proposta por Berman e aceita por Mendonça⁸, é a construção de uma teoria social do direito, harmonizando o positivismo jurídico, o direito natural e a jurisprudência histórica, denominando este sistema de jurisprudência integrativa. A premissa dessa base de pensamento é a subordinação do titular do poder político a um direito superior, primeiro divino, depois natural e ainda, à noção de direitos humanos. A idéia de cultura jurídica comum aos Estados ocidentais volta, assim, a ganhar corpo.

O surgimento dos modernos sistemas jurídicos está ligado à criação das universidades européias, pois os conhecimentos acadêmicos passam a ser utilizados para a estruturação deles. Reafirma-se, com isso, a impossibilidade de uma ciência do direito ser construída apenas a partir de exame de regras e procedimentos técnico-jurídicos. Na Idade Medieval, tal ciência difere dessa convenção legalista, porque fundia a compreensão do direito com sua interpretação e processo de aplicação.

Nesta época, visto a pluralidade de regimes jurídicos, a fonte de normas e decisões para os juristas era o Digesto, pois preservava as características do acervo jurídico mais desenvolvido da história. Como consequência, o direito romano passou a ser tido como *ius commune* europeu, e a ele, diferentes reinos da Europa deviam obediência, e só foi possível por causa da idéia que havia de *Imperium*.

Após a queda do Império Romano do Ocidente, a Igreja tomou para si a sua herança, e não teve a sua ideologia, aliança entre Igreja e germânicos, ameaçada, pois não foi reconhecida a autoridade do imperador do romano do oriente, e ainda porque a idéia de Sacro Império era de ser o último antes do juízo final. Contudo, houve

⁷ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. LXXI.

⁸ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 26-27.

enfraquecimento desta idéia imperial. Segundo António Manuel Hespanha na obra de Mendonça⁹, o *ius commune* era formado pela razão natural e devia ser aplicado subsidiariamente ao poder local. Percebe-se aqui a formação de uma teoria do direito. Foram os mestres da Escola de Bolonha que defendiam a superioridade do Imperador sobre os demais reis, por ser ele herdeiro do Império Romano.

A importância do Digesto ocorria pela utilização dos parâmetros jurídicos e morais nela existentes, fazendo com que os juristas não se atentassem apenas ao sentido técnico-jurídico, mas também à formação de uma ética político-social. Sua época de maior prestígio foi após o século XII com o conceito justinianeu de soberania.

Apesar de essas características escaparem a uma noção de dogmática, ainda sim havia pretensão da criação desta com a exegese dos textos no medievo. Porém, a distância é imensa dessa ciência para a da modernidade, pois não pretendiam demonstrar padrões de racionalidade, contextualizar ou utilizar na prática. A sua racionalidade advinha da autoridade dos textos, considerando-os *ratio scripta*.

A utilização de um texto muito antigo para os juristas medievais era um grande problema, entretanto utilizavam um método de análise e síntese, para suprir essa deficiência, chamado de escolástico. A *ratio scripta* só teve a sua ruptura após os racionalistas modernos, mas mesmo assim a escolástica é responsável por diversos princípios adotados até hoje pela hermenêutica jurídica.

A redescoberta dos textos de direito romano e seus estudos fez com que surgisse uma escola de direito em Bolonha, na qual seus estudantes criaram corporações dotadas de personalidade jurídica, as chamadas *universitas*. Ela possuía grande poder, e o domínio dos estudantes sobre a universidade era pleno até o momento de os professores deixarem de ser pagos pelos alunos e começarem a receber da cidade.

Salvo as cidades italianas, eram as autoridades da Igreja as responsáveis pela educação em toda a Europa. Mas a grande relevância do surgimento das universidades era a possibilidade de existir posicionamento contrário de professores frente às diversas matérias, o que seria considerado uma heresia no ensino prestado pela entidade eclesiástica em suas escolas clericais.

Bolonha era para graduados, geralmente com formação prévia nas artes liberais, gramática, retórica e lógica, que constituíam o *trivium*, como também em aritmética,

⁹ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 35.

geometria, astronomia e música. Nessa escola estudava-se o direito romano através do Código, das Novelas, das Institutas e do Digesto, mas a relevância maior era dada a este último, assim como no período anterior. Era um conjunto de opiniões de diversos juristas sobre uma variedade de matérias, também chamado de Pandectas. E a sistematização, idéias de estrutura jurídico-conceitual diversa do casuísmo, não surgiu com ele e sim por volta do século XII, tanto que surgiu assim o nome de *Corpus Iuris Civilis* para o conjunto de obras, o qual possuía não só importância política, mas também teórica.

O procedimento que empregavam, ocorria através de explicação palavra por palavra, e que os estudantes anotavam em suas cópias, as quais eram chamadas de glosas. Devido a ele, a Escola de Bolonha também é conhecida como Escola dos Glosadores. Tamanha era a importância dessas interpretações anotadas, que a de Acúrsio foi considerada a autorizada do Digesto em 1250. A glosa desenvolvia a atividade intelectual analítica, e a esse método foram unidos outros como: *summae*, *brocarda* e *regulae*, *argumenta*, *casus* e *disputatio*. Após a segunda metade do século XII, surgiram normas do direito canônico e do direito secular, o que fez com que ampliasse o objeto de estudo com a sua incorporação.

Apesar do foco não ser mais o direito romano na Idade Moderna, a forma de discussão ainda é a criada na Idade Média, ou seja, o método dos glosadores influenciou procedimentos utilizados atualmente. Percebe-se, também, o preenchimento dos quadros dirigentes dos Estados europeus pelos egressos das universidades medievais. Para Franz Wieacker, citado por Mendonça¹⁰, eles foram os primeiros a absorver dos romanos a arte de solucionar os conflitos sociais por debate de questões jurídicas e formulação de princípios de direito.

Nos séculos XIII e XIV, do confronto entre *ius commune* e estatutos locais, surgiu a base do direito dos Estados Modernos. Foi uma época na qual a integração econômica e social das diferentes regiões da Europa fez com que sistematização e compatibilização fossem necessárias. Os realizadores dessa tarefa foram chamados de pós-glosadores, práticos, consiliadores, comentadores ou bartolistas. Foram fortemente influenciados pela filosofia grega e pela escolástica, para atualizar e harmonizar as diferentes fontes de direito.

¹⁰ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 42-43.

António Manuel Hespanha, lembrado na obra de Mendonça¹¹, elenca inovações dogmáticas trazidas pelos pós-glosadores. São elas: teoria da aplicação espacial dos ordenamentos jurídicos, a qual buscava superar o princípio da personalidade e da territorialidade das leis, e; teoria da naturalidade do poder político, a qual rompia com a crença de que o poder do príncipe derivava do Império e de uma delegação divina e que toda autoridade estava fundida nele. Os comentadores desenvolveram uma técnica de repartição da jurisdição em ordinária e delegata e foram capazes de aproximar a teoria e a prática, aplicar o que foi construído pelas universidades na formação dos Estados Nacionais.

1.2 – Contraposição entre a Ciência Jurídica Medieval e a Romana

O método é bem diferente do utilizado na Idade Média daquele utilizado pelos romanos. Estes consideravam os casos como simples razões necessárias para o juízo, tendo em vista que não procuravam ter um sistema filosófico semelhante ao dos gregos. Os glosadores formaram a primeira dogmática jurídica autônoma da história universal e partiram da dialética grega para criar um sistema integrado de normas, construção de uma estrutura de princípios jurídicos.

Ao criarem regras gerais por indução se opuseram a prática dos juristas romanos, tornando as regras de direito romano “máximas legais”, de validade universal. Aristóteles estabelecia distinção entre apodítica e dialética, pregando que nunca iriam se harmonizar, entretanto juristas do século XII aplicaram a dialética para alcançar verdades. Assim, o direito romano virou *ratio scripta*. Segundo Mendonça¹², “o método escolástico partia de um raciocínio apodítico, uma vez que o direito romano era tido como verdadeiro e justo, e ao mesmo tempo partia da dialética para superar as contradições e lacunas nele existentes”. O método dialético passou a ser o método científico do direito.

Os juristas escolásticos ainda diferiam dos filósofos gregos porque partiam de uma idéia revelada e não apenas fundada na matéria, assim conseguiam unir a apodítica e a dialética. Muitos desses critérios adotados no século XII, como já explanado anteriormente, servem ainda hoje na interpretação do direito.

¹¹ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 44-46.

¹² MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 48-49.

1.3 – Relação entre Direito Canônico e Sistematização do Direito

O primeiro grande tratado jurídico completo e sistemático do Ocidente é o Decreto de Graciano em 1140, no período anterior a reunião dos cânones era apenas feita cronologicamente. Sofreu influência da Escola dos Glosadores, embora ele tenha desenvolvido um método peculiar, o qual compreendia uma derivação autônoma de princípios, de hipóteses e de problemas jurídicos. Este método serviu de base para a Escola dos Decretistas. Devido ao pluralismo de jurisdições, fixou uma hierarquia de fontes, como exemplo a lei do príncipe subordinada ao direito eclesiástico.

Os canonistas mudaram a consciência ocidental desenvolvendo critérios para a validação dos costumes e estabeleceram um vínculo entre o direito natural e um padrão de normatividade, tendo *ius* como fator de harmonização (*Corpus Iuris Civilis*) e a ele deveria se moldar a *lex*. O contraponto entre direito positivo e o direito natural norteou o método dialético de graciano.

O método dialético da escolástica trabalhava a partir de uma questão, com uma proposição e uma oposição, e a solução dada baseada nos argumentos mais sólidos. Havia também a *disputatio*, partia não de uma preposição e sim de diversos problemas interligados de forma sucessiva, debatidos por grupos que respaldavam suas teses em regras de direito. Ela serviu para formular conceitos jurídicos de representação, corporação e jurisdição.

O direito romano não era um todo sistematizado, mas um complexo conjunto de normas voltado para a solução de problemas jurídicos. Já o jurista da Baixa Idade Média tinha a atenção voltada para construção de um sistema de conceitos, o método através da indução gerou conceitos e deles princípios que lhes serviam de fundamento. Com isso, novos casos poderiam ser resolvidos mesmo sem precedentes. Mudanças começaram a ocorrer: princípios objetivos e subjetivos para definição de competência, valoração de provas, bem como a consideração de diferentes posições para uma decisão de questão jurídica.

Inequívoca é a relação entre direito romano e direito canônico. Além daquele, o direito canônico reconhecia as Sagradas Escrituras, leis eclesiásticas e também o direito germânico. O grande ponto de convergência é metodológico, utilizando a escolástica.

Outra semelhança é de conceitos e institutos jurídicos, devido ao pensamento ocidental de considerar o direito romano *ratio scripta*. Não obstante o método comum, cada um tomou o seu rumo. O direito romano era visto como obra pronta, só caberia reinterpretar; já o direito canônico era um sistema novo, ainda em elaboração. Não obstante, a dinamicidade deste é a característica base da ciência jurídica ocidental, o chamado desenvolvimento orgânico, que permitia a própria reprodução e atualização normativa, já exposto anteriormente.

A partir do século XII, a Igreja investiu em doutrinas consolidadoras de seu caráter institucional e corporativo, sempre em torno da noção de corpo místico. Não é mais associado ao corpo de cristo (*corpus Christi*) e sim à Igreja, como entidade corporativa da sociedade cristã. Deste momento em diante, houve o processo de secularização da Igreja Medieval, pois concilia esfera ritualística e política, em outros termos, espiritual e temporal. Com o tempo esta dimensão expandiu-se quase dominando a sua outra, a litúrgica. A secularização do corpo místico é acompanhada da sacralização das instituições políticas do Estado, passou, assim, a ser a base da estrutura política tanto da Igreja quanto dos nascentes Estados europeus.

Os canonistas da transição do século XII para o XIII desenvolveram uma doutrina de consolidação da estrutura hierárquica do clero, afirmando o poder papal. Os poderes decorriam da jurisdição e não de suas qualidades espirituais, a ordenação. Apesar de amplos poderes, os papas estavam subordinados à lei e às imposições de natureza corporativa. Os limites impostos e a separação entre o espiritual e o institucional da Igreja serviram de construção das doutrinas sobre a soberania.

Há necessidade de estabelecer a diferença entre ciência jurídica da Igreja e direito canônico. A influencia cultural e política da Igreja remonta à cristianização do Império Romano, isso devido ao fracionamento político da Europa e a monopolização dos textos filosóficos e jurídicos clássicos. Até fim do século XI, não havia limites definidos entre a autoridade eclesiástica e secular. Já até o século XII, a autonomia da Igreja era fragilizada, somente com Gregório VII houve a separação de jurisdições, sendo o ápice da ciência jurídica da Igreja, a canonística.

A competência das diferentes jurisdições passou a ser determinada por critério vinculado à pessoa e à matéria. E em certos casos era verdade renunciar à jurisdição privilegiada com referencia à pessoa, e; em regra, quanto à matéria era extensível a

todas as pessoas. Além disso, a jurisdição eclesiástica podia sofrer ampliação, chamada de prorrogação. Esta também era possível em caso de bancarrota da justiça secular. Temos como exemplo ainda a denunciatio evangélica, avocação de matérias com princípios de teologia moral pelos tribunais eclesiásticos. Percebe-se que apesar da cisão entre as jurisdições, na prática havia um verdadeiro intercâmbio. Todavia, havia precisa definição dos limites das jurisdições. Essa autolimitação teve um papel fundamental na formação dos sistemas normativos, possibilitou assim construir um conjunto de princípios, e ao mesmo tempo estabeleciam um intercâmbio de princípios e normas.

Apesar das influências do direito romano germânico, o direito canônico desenvolveu uma sistemática processual própria, construiu uma verdadeira ciência da investigação judicial dos fatos do caso. O formalismo comprometia a realização dos princípios, como exemplos os critérios de valoração de prova pelo prestígio social. Outra limitação era o afastamento entre juiz e o processo de formação da prova. Apesar das limitações é um grande avanço, pois foi o primeiro a manifestar preocupações com a efetiva apuração da verdade.

1.4 – O direito medieval e a ciência no ocidente

Os juristas eclesiásticos criaram o embrião daquilo que viria a ser a concepção moderna de ciência, e sua metodologia conjuga três vertentes de normas: metodológicas, valorativas e sociológicas. Berman, citado por Mendonça¹³, define a ciência ocidental como corpo integrado de conhecimento, no qual os fenômenos particulares são explicados de forma sistemática. As fontes de normatividade foram explicadas dessa forma também, com base em princípios, conceitos gerais e experimentação. Visualiza-se o processo como uma constante retroalimentação no que se refere à validade dos princípios em geral, assim como de conceitos que, acreditava-se, estavam implícitos. Além da característica de estabelecer relação entre os princípios gerais de direito e a experiência, também deram atenção à dogmática jurídica.

Ainda a essa metodologia foi desenvolvida outra direcionada à apuração dos fatos nos procedimentos judiciais, dando importância à retórica. Então, foi criado o conceito de hipóteses, para complementar o conceito dialético de tese. As regras da

¹³ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 73-75.

retórica eclesiástica se estenderam ao direito, equiparando o conceito jurídico de caso ao conceito retórico de hipótese. A estrutura atual do processo advém dessa época (juiz, testemunhas, acusador e defensor). A incumbência do juiz era para zelar que não fosse violada qualquer das regras de argumentação, principalmente quanto à pertinência e materialidade. O raciocínio jurídico medieval foi um protótipo do moderno raciocínio científico no Ocidente, e a dita ciência moderna não teria se desenvolvido sem os alicerces teóricos da metodologia escolástica.

Identifica-se um conjunto de propósitos fundamentais. E define que a ciência deve ser encarada como um sistema aberto que busca uma proximidade cada vez maior com a verdade não estando vinculada a conclusões definitivas, formando um corpo de idéias em constante mutação. Apesar de parecer incompatível com o direito, é justamente nesse período que a noção de progresso científico pressupõe oposição de idéias e de que o raciocínio dialético conduz a uma síntese.

Há muitas dificuldades na aplicação do código científico de valores, pois o objeto é fortemente influenciado pelas oscilações da vida política, econômica e social. Os juristas escolásticos seguiram um código científico de valores por meio do método dialético. Acrescenta-se que o desenvolvimento da ciência ocidental está intimamente ligado à relação entre sagrado e profano. A Igreja no século XII tinha papel fundamental na formação da cultura ocidental e na reforma política, econômica e social da Europa, sendo uma referência cultural até o século XVI. Há o paradoxo de liberdade de investigação e os limites impostos pela dogmática teológica, apesar disso não é para se crer que a ciência surgiu apenas na Era Moderna, tese defendida por Mendonça e adotada neste trabalho.

A ciência no ocidente também responde a imperativos de natureza sociológica, como: formação de comunidades científicas, criação de universidades e liberdade de ensino e pesquisa. A ciência desenvolvida nas universidades respondia às necessidades de um contexto de profundas mudanças sociais, econômicas e políticas. A ciência jurídica foi organizada e voltada especificamente para a composição das contradições. Exemplos são: a transição do pensamento da Alta Idade Média para a Baixa Idade Média, bem como a separação da jurisdição secular e eclesiástica. A ciência jurídica forma-se como uma comunidade que se utiliza de métodos dialéticos para solucionar conflitos políticos. As principais características sociais são: caráter transnacional,

padrões decisórios e elaboração normativa, formação de sistemas jurídicos a partir de normas e costumes pré-existentes, autoridade da opinião dos catedráticos, visão interdisciplinar, autonomia científica, formação de princípios básicos de direito, formulação de um sistema jurídico-constitucional e produção de uma classe profissional de advogados.

Certo rigor no estudo do direito foi necessário entre os séculos XI e XII, devido à necessidade de modernização das instituições jurídicas, resultado do desenvolvimento comercial, da formação das cidades na Europa e de incremento da complexidade das relações sociais. A metodologia da ciência do direito surgiu do esforço de montar uma estrutura de princípios e conceitos jurídicos que permitisse uma adequação entre os novos fatos e os textos jurídicos disponíveis. A nova ciência jurídica foi mais do que uma realização intelectual, um método de raciocinar ou de organizar o pensamento. Era também expressão de valores e políticas.

Foi possível observar que a tradição do direito ocidental tem os seus fundamentos não em sistema lógico-formais, e sim em uma estrutura principiológica e conceitual construída, partindo de textos do direito romano antigo, da qual desenvolveram uma dogmática jurídica. O que se pretende demonstrar é que o direito tem uma origem tópica, não podendo o caráter problemático ser suplantado por concepções que enfatizam apenas o sentido sistêmico da ordem jurídica.

Capítulo 2 – Base Histórica da Tópica

Viehweg em sua célebre obra empreende uma retomada no campo do direito do pensamento tópico. A palavra tem o seu significado associado a lugar-comum. Para isso retorna ao pensamento de Aristóteles, a fim de resgatar as bases da tópica. Esta também foi trabalhada por Cícero e Vico.

Analisaremos os estudos e contribuições de cada pensador para o desenvolvimento desta técnica, e como percebemos, nada melhor para uma compreensão do futuro do que partir de uma análise das raízes históricas.

2.1 – A tópica de Aristóteles

A tópica já existia antes de Aristóteles com nome *eurasis*, *inventio*, *ars inveniendi*. Ele pretendeu dar um interesse filosófico, mas quando ela não se manteve na lógica¹⁴, voltou à retórica. Nesta, a tópica conservou um lugar proeminente, ou seja, em uma das três primeiras artes, chamadas de *trivium*.

Primeiro dá-se atenção a Aristóteles, pois deu o nome a esse segmento do pensamento da filosofia do direito. Ele se ocupa de tema que parecia superado pela filosofia grega clássica, a arte da disputa, e ainda salienta o apodítico no vasto terreno daquilo que é apenas dialético, pretendendo que o primeiro seja o campo da verdade e o segundo seja o campo do meramente oponível. Para ele, “a dialética é reduzida à condição de exercício mental que, não lidando com as próprias coisas, mas com a opinião dos homens sobre as coisas, não pode atingir a verdade, permanecendo no campo da probabilidade”¹⁵.

Ou seja, a tópica pertence ao terreno do dialético, não do apodítico. Trabalha sua doutrina do verdadeiro ao meramente opinativo. Há necessidade de se encontrar um meio de partir das proposições conforme opiniões e evitar as contradições ao sustentá-las frente a um problema. É uma questão retórica, e sua primeira preocupação é filosófica como se observa quando diz que se trata de raciocínios dialéticos e não apodíticos.

“Tanto na retórica como na dialética, desenvolve-se atividade argumentativa em campos carentes de verdades necessárias e com fins pragmáticos. O que a tópica adiciona é um conjunto de argumentos de caráter geral e suscetíveis de uso alternativo, que dão à argumentação os pontos de partida necessários para, a partir de um conjunto de critérios, regras e enunciados comumente aceitos, possibilitar uma construção dialética ou retórica das verdades práticas”¹⁶.

Do ponto de vista formal, a tópica não diverge da apodítica, são formalmente corretos. Para Aristóteles, a tópica tem por objeto raciocínios que derivam de premissas que parecem verdadeiras com base em uma opinião reconhecida, que são chamadas de *topoi*. Viehweg, ao analisar este conceito, declara que para aquele pensador “são pontos

¹⁴ Para Aristóteles, “a existência de regras de pensamento que permitam demonstrações corretas e irretorquíveis pode levar à certeza científica e a um conjunto de conhecimentos seguros” é o conceito de lógica. Ver em MOREIRA, Alexandre Mussoi. *Anotações Sobre a Tópica*. In Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis, vol. 2, n.º 2, ago./dez. 1999, p. 194.

¹⁵ MOREIRA, A. M. *Anotações Sobre a Tópica*, p. 194.

¹⁶ MOREIRA, A. M. *Anotações Sobre a Tópica*, p. 197.

de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir a verdade”¹⁷.

Na dialética utiliza-se a indução e o silogismo como modo de fundamentação, mas há ainda outros procedimentos instrumentais para encontrar raciocínios adequados. Propunha-se um método¹⁸ de investigação no qual fosse possível construir um raciocínio dialético a partir de opiniões majoritariamente aceitas. Para isto, estabeleciam-se quatro tipos de raciocínio: demonstrativo ou apodítico, dialético, erístico ou contencioso e paralogístico ou falso raciocínio. A finalidade dos tópicos é o adestramento na arte de argumentar intelectualmente, casualmente e filosoficamente. Os fundamentos dos princípios das outras ciências não são auto-explicáveis, sendo este o papel da dialética, considerada como o caminho que conduz aos princípios de todas as investigações.

“O raciocínio é ‘dialético’ quando parte de opiniões geralmente aceitas. São ‘verdadeiras’ e ‘primeiras’ aquelas coisas nas quais acreditamos em virtude de nenhuma outra coisa que não seja elas próprias”¹⁹, em palavras de Aristóteles. Ou seja, o raciocínio dialético parte de premissas dotadas de credibilidade e verossímeis, com isso a tópica lida com opiniões dominantes que estabelecem soluções para os problemas. O conjunto de soluções criadas para os problemas se chama catálogo de topoi. A investigação aristotélica parte de problemas e proposições.

Segundo o pensador estudado²⁰, é importante definir o que é proposição e problema dialético. Proposição dialética representa um argumento em torno de algo que é admitido por todos ou pela maioria. O problema tem como pressupostos a não existência de posição dominante sobre o tema. As proposições são geradoras de argumentos, são eles: raciocínio²¹ e indução²². Esta trabalha com a confirmação de algo tendo como referência a partir dos quais, por meio dos quais e para os quais procedem os argumentos. “Com efeito, os argumentos partem de ‘proposições’, enquanto os temas sobre os quais versam os raciocínios são ‘problemas’”²³.

¹⁷ VIEHWEG, T. *Tópica e Jurisprudência*, p. 26-27.

¹⁸ Ver definição de tópica como método em ARISTÓTELES. *Tópicos, Dos Argumentos Sofísticos*. Traduções de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1978. P. 05.

¹⁹ ARISTÓTELES. *Tópicos, Dos Argumentos Sofísticos*, p. 05.

²⁰ ARISTÓTELES. *Tópicos, Dos Argumentos Sofísticos*, p. 12-14.

²¹ ARISTÓTELES. *Tópicos, Dos Argumentos Sofísticos*, p. 21.

²² ARISTÓTELES. *Tópicos, Dos Argumentos Sofísticos*, p. 11.

²³ ARISTÓTELES. *Tópicos, Dos Argumentos Sofísticos*, p. 7.

Cria um esquema de raciocínio que será a base dos intelectuais da baixa Idade Média: criação de proposições, delimitação de sentido das expressões, diferenciação entre as coisas e investigação de semelhança. O pensador também elenca três etapas a serem percorridas ao propor questões: escolha do terreno onde serão propostas, organização mental delas e sua apresentação ao adversário.

O mecanismo de construção do raciocínio ocorre por meio da relação entre premissas, necessárias e auxiliares. Para estas serão utilizados recursos como indução, sustentação e a evidenciação do argumento e a dissimulação. Também há a petição de princípio²⁴, um recurso argumentativo largamente utilizado e que tem como pressuposto a utilização de premissas inservíveis para chegar a uma conclusão. E pode incorrer de cinco maneiras: postular o próprio ponto que quer demonstrar, postular universalmente o que deseja demonstrar particularmente, inverter premissas particulares e universais, postular por parte algo que deveria ser demonstrado por inteiro e postular fundando-se em afirmações mutuamente relacionadas. O problema é que a petição de princípio não oferece uma solução satisfatória.

Há críticas a essa forma de pensar a tópica. “ARISTÓTELES não explica como se escolhem os tópicos para cada problema, dentre os aplicáveis, nem a hierarquia admissível entre os mesmos, de modo que do superior ou dos superiores decorra a solução para o problema”²⁵. Todavia, esses são os pontos de partida do raciocínio aristotélico, que foram fundamentais para a cultura jurídica, os quais foram adotados por Cícero e aplicados pelos juristas romanos, medievais e do século XX.

2.2 – A tópica de Cícero

Marco Túlio Cícero também realizou uma tópica em 44 a.C e que teve mais influência que a de Aristóteles, apesar de ser de nível inferior. A tópica daquele resultou de um esforço de sistematização da tópica deste, todavia foi fiel ao caráter prático dos romanos. O mérito é exatamente de organizar o conjunto de máximas surgidas com fundamentos na resolução de problemas. Tendo como critério: topoi referentes ao todo e relacionados com determinadas situações. Temos como um exemplo o pensador

²⁴ ARISTÓTELES. *Tópicos, Dos Argumentos Sofísticos*, p. 149-150.

²⁵ MOREIRA, A. M. *Anotações Sobre a Tópica*, p. 198-199.

Moreira resumindo o conceito de tópica de Cícero, “sendo a tópica, a arte de achar argumentos para convencer o ouvinte”²⁶.

A preocupação de Aristóteles era teórica e a de Cícero prática, com isso a afirmação de Viehweg de que “àquele interessam essencialmente as causas; a este, em troca, os resultados”²⁷. Cícero entendeu a tópica como práxis da argumentação. Enquanto cuida de um catálogo pronto, ou seja, dos resultados, Aristóteles se importava em formar uma teoria se preocupando com as causas.

Seus tópicos serviram de importante conexão entre o pensamento aristotélico e a jurisprudência romana. A tópica representou um modo de pensar presente na antiguidade e no pensamento medieval.

Aristóteles trabalhou em cima da distinção entre apodítica e dialética, Cícero não. Para este toda teoria fundamento de dissertação compõe-se de duas partes: a invenção e a formação de juízo. Os estoicos se ocupam da primeira, chamada por eles de dialética (Lógica) e Cícero da segunda. Assim, elabora o catálogo das topoi.

Há topoi ligados ao assunto técnico ou científicos e os que procedem de fora, sem técnica. Cícero trata pouco da segunda, apesar da sua importância considerável devido ao critério da autoridade. Os do primeiro tipo se referem ao todo ou só a determinadas relações.

Cícero diz que não há alguma polêmica à qual não se possa aplicar algum topoi. É fácil perceber que a exposição de Cícero é imprecisa, todavia há o que aprender com ele. Aristóteles projetou em sua tópica uma teoria dialética para qual ofereceu um catálogo de topoi flexível, ao inverso de Cícero com seu catálogo já pronto e acabado.

Segundo o pensador Moreira, “o modo de pensar tópico presta um auxílio muito valioso sob a forma de interpretação, abrem-se novas possibilidades de entendimento melhor sem lesar as antigas”²⁸. Desta forma, perdeu-se um pouco da grande utilidade da tópica ao engessar o catálogo, buscando praticamente, o que no futuro viria a ser, uma espécie de codificação. Cícero tentou encontrar solução, topoi, para todos os casos, criando um catálogo fechado. Contudo, já explanamos que a utilidade da tópica é justamente a possibilidade de uma contínua criação do direito.

²⁶ MOREIRA, A. M. *Anotações Sobre a Tópica*, p. 200.

²⁷ VIEHWEG, T. *Tópica e Jurisprudência*, p. 31.

²⁸ MOREIRA, A. M. *Anotações Sobre a Tópica*, p. 204.

Não podendo ser de outra forma, também há críticas do pensamento tópico de Cícero, pois “resta sem solução à questão relativa à seleção dos tópicos mais adequados para cada caso e a determinação dos preferenciais, uma vez que não hierarquiza os *loci*, embora leve em consideração o consenso dos argumentos para sua legitimidade”²⁹. Porém, a sua contribuição, assim como a de Aristóteles, foi fundamental para o desenvolvimento do pensamento de Vico.

2.3 – A tópica de Vico

Gian Battista Vico em um trabalho quis recordar e trabalhar os estudos antigos e modernos e a relação de conciliação entre eles. Tal conciliação pressupõe conhecimento das contraposições que são analisadas naquele texto elaborado em 1708. Sente dificuldade na hora da classificação porque conflitam critérios: as contraposições entre os tipos de estudo que são analisadas sob o ponto de vista das vantagens e desvantagens; e a distribuição da matéria segundo os instrumentos da ciência, os meios auxiliares de estudo e finalidade dos estudos.

Ele refere-se ao antigo como retórico (tópico) e ao moderno como crítico. Acaba por confrontar o pensamento ciceriano e cartesiano. Vico caracteriza o método novo através de um ponto de partida, o *primum verum*, e se desenvolve através de longas cadeias dedutivas. Este procedimento possui precisão como vantagem e como desvantagem “a depravação do humano”. O antigo, pela sua peça medular, a tópica retórica tem a vantagem de descobrir uma trama de pontos de vista. Todavia, intercala os pensamentos, pois este sem aquele não se efetiva³⁰.

A jurisprudência, para Vico, em conexão com o espírito antigo era entendida como criação deste. Procurou examinar se a jurisprudência desenvolvida desde a Antiguidade romana corresponde na sua estrutura à tópica, entretanto se limitou apenas à investigação dos fundamentos e não a evolução histórica.

Percebe-se que a partir dos pensadores estudados, mas mais precisamente com os estudos de Vico, houve a preocupação de unir a sistemática, o pensamento moderno,

²⁹ MOREIRA, A. M. *Anotações Sobre a Tópica*, p. 200.

³⁰ GALVÃO, Flavio Alberto Gonçalves. *A Tópica é ou não um método de interpretação?* In *Fmu Direito: Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo*, vol. 10, n.º 14, jan/jun 1996, p. 252.

com a tópica, o pensamento antigo. De uma forma complementar para que os instrumentos utilizados pudessem contribuir da melhor forma possível com o direito.

2.4 – A tópica de Theodor Viehweg

A tópica, de acordo com os estudos do pensador alemão, é uma técnica voltada à resolução de problemas. Situa-se assim no contexto das situações para as quais não há uma solução. Do acúmulo destas, forma-se um acervo de respostas para problemas que resulta em um sistema.

Mas qual enfoque: do sistema ou do problema? A tópica parte da abordagem do problema. A tópica de primeiro grau é quase instintiva, chegando a ser rudimentar, é o procedimento de buscar uma solução quando percebe que não existe referencial decisório prévio, utilizando pontos de vista casuais, escolhidos arbitrariamente e que são aplicados aos problemas. Já aquele procedimento que parte de pontos de vista já consolidados, objetos de pesquisa e encontrados nos catálogos de topoi, adequados a certos tipos de problemas, é a tópica de segundo grau.

O topoi pode ser genérico ou ainda relacionado especificamente a determinada matéria. Raciocinar com base no problema exige uma capacidade de buscar soluções que ao mesmo tempo considerem o sistema e não desconsiderem as peculiaridades do caso. Inexiste incompatibilidade entre o raciocínio tópico e a existência de premissas orientadoras do pensamento, e sim uma complementaridade, já trabalhada em Vico.

O caso da analogia é a prova da impossibilidade de um sistema perfeito. A formação de um acervo de soluções não é um sistema estanque, possui certa flexibilidade para adequar-se a novos problemas. Viehweg defende que a tópica não conduz a vinculações absolutas, mas reconhece que alguns vínculos são indispensáveis.

Outro ponto importante do raciocínio tópico é o consenso. A tópica atua no campo da dialética, não lidando com verdade e sim com opiniões majoritárias.

“Viehweg volta suas atenções para a *prática jurídica*, formulando um esboço de teoria da razão prática que concebe o processo jurídico-decisório como sendo um discurso racional”³¹.

³¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Tópica e argumentação jurídica*. In Revista de Informação Legislativa, vol. 41, n.º 163, jul./set. 2004, p. 155.

Segundo Aristóteles como já explanado, é uma técnica do pensamento que se orienta para o problema. Introduziu assim o estilo mental, em seu trabalho, dos sofistas e dos retóricos, surgindo assim o método de trabalho aporético. Todo problema provoca um jogo de razões a favor e contra, e o modo de agir surge como resultado de reflexão.

Há contra posição entre pensamento problemático e sistemático, entretanto existem conexões essenciais. Para Viehweg, “problema é toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que de levar a sério e para qual há que buscar uma resposta como solução”³². O conjunto de deduções pode ser chamado sistema, no qual infere uma resposta. A ênfase neste opera uma seleção de problemas. Já se for o acento no problema, este busca um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução.

O problema procede de um nexos compreensivo já preexistente, que de início não se sabe se é um conjunto de deduções ou algo distinto. Não é possível perder de vista as implicações que existem entre problema e sistema. A tópica não pode ser entendida se não se admite a sugerida inclusão em uma ordem que está sempre por ser determinada e que não é concluída como tal.

Aristóteles projetou um catálogo para todos os problemas pensáveis e Cícero um que fosse o mais prático possível. Há grande diferença entre os catálogos de tópicos. Há topoi universalmente aplicáveis, sendo aplicado apenas aos problemas pensáveis e representam generalizações muito amplas, e há outros que são aplicáveis apenas a um determinado ramo, servem apenas para determinado círculo de problemas. Existiu um espírito retórico sem interrupção na Idade Média.

Aristóteles já proclamava que “os tópicos ou lugares referentes a quantidades e graus comparativos devem tomar-se da forma mais geral possível, porque, assim tomados, serão provavelmente mais úteis num número maior de casos”³³.

A função dos topoi consiste em servir a uma discussão de problemas. Apresentam-se como conceito ou como proposições? Quando um catálogo não satisfaz nosso espírito sistemático, somos levados ao trabalho dedutivo sistemático. Alteramos assim a função dos topoi, tentando estabelecer conceitos fundamentais. Esse resultado ocorre, sobretudo, quando não é possível liquidar totalmente a problemática.

³² VIEHWEG, T. *Tópica e Jurisprudência*, p. 34.

³³ ARISTÓTELES. *Tópicos, Dos Argumentos Sofísticos*, p. 49.

A tópica é uma meditação prológica, a *inventio* é primária e a *conclusio* secundária. A tópica mostra como se acham as premissas, a lógica recebe-as e as elabora. O modo de buscar as premissas influi na índole das deduções, e ao contrário, a índole das conclusões indica a forma de buscar as premissas. A presença de raciocínios analógicos indica a falta de um sistema lógico perfeito. A tópica é pouco apreciada pela Ciência Moderna, Kant a condena. Já Vico a apreciava muito.

Moreira explana categoricamente, “pode-se dizer, de forma resumida, que, para VIEHWEG, a tópica é uma técnica do pensamento problemático, que parte de consensos gerais, bem como o procedimento de busca de premissas para a solução de um determinado problema”³⁴.

O modo de pensar o problemático, como já explanado, é esquivo às vinculações, pois ao manter-se ligado ao problema só permite conjunto de deduções de certo alcance. Tampouco pode renunciar por completo, deve demonstrar a dimensão dentro da qual se move sem poder abandoná-la. Os topoi e os catálogos destes oferecem um auxílio muito apreciável, tendo flexibilidade. A interpretação constitui uma parte da tópica extraordinariamente apropriada nas mencionadas mudanças de situação.

Coisa distinta de legitimar ou de provar uma premissa é demonstrá-la ou fundamentá-la. Essa última é uma questão puramente lógica. A tópica pressupõe que um sistema semelhante não existe. A sua permanente vinculação ao problema tem de manter a redução e a dedução um tanto modestos. Quando se estabelece um sistema dedutivo, a tópica tem de ser abandonada. É possível fazer conjecturas a propósito de onde está o trânsito efetivo do modo de pensar tópico para o sistema dedutivo. Na tópica, as proposições com que opera em uma medida muito insuficiente podem ser aferíveis logicamente. Todo o interesse reside em configurar esta dificuldade do modo mais claro e simples possível, para que se possa buscar o sistema mais completo possível, sendo ele em vez de fechado, aberto.

Capítulo 3 – Do declínio da Tópica à Ascensão do Sistema

3.1 – A tópica

³⁴ MOREIRA, A. M. *Anotações Sobre a Tópica*, p. 206.

Já debatidos os fundamentos de toda a formação de uma cultura jurídica, a investigação agora é como o raciocínio tópico se manifestava na atuação dos juristas.

A tópica³⁵ tem a sua importância demonstrada desde os tempos do direito romano antigo³⁶. O espírito prático dos juristas romanos visualizava o papel do direito como um elemento garantidor da harmonia social, era muito mais voltado à solução de conflitos do que a esquematização dos mecanismos. Eles não visavam criar uma ciência jurídica, não pretendiam diferenciar episteme e techne, com isso uniam a prática e a teoria. Como exemplo, Viehweg traça um paralelo entre os chamados catálogos de topoi e as compilações do direito romano.

Além disso, o conteúdo das máximas de direito romano demanda uma complementação de significado, a partir de um procedimento dialético. A origem das instituições do direito romano deriva de um procedimento voltado ao problema. Desta forma, percebe-se a falsa impressão de que o direito está condenado ao enfoque sistemático, pois historicamente havia uma abordagem diferente.

Na Idade Média, a formação básica de juristas e canonistas era a mesma, as artes liberais, dentre as quais se encontra a retórica e conseqüentemente a tópica. Há um amplo debate acadêmico em torno da existência ou não de uma preocupação sistêmica por parte dos juristas medievais, entretanto Viehweg informa que já na Baixa Idade Média havia enfoque sistêmico a respeito do direito.

Tal fato fez com que os juristas medievais tivessem que desenvolver mecanismos para atualização do direito antigo e superação das contradições, recursos esses utilizados até hoje, compreendidos na elaboração de concordância, como exemplos: superioridade, anterioridade e especialidade das leis. Outra contribuição é a repartição dos conceitos, um instrumento utilizado na interpretação das normas jurídicas para que um determinado conceito tenha a sua amplitude restringida. Os conceitos jurídicos por divisão são genuinamente tópicos.

Outro aspecto mencionado por Viehweg diz respeito ao caráter tópico da adequação da norma ao caso, o próprio prestígio da fonte de normatividade influencia a eleição da norma a ser aplicada, visto que há uma pluralidade de fonte normativa nesta época.

³⁵ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. 243-254.

³⁶ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. XXIV-XXV.

Há diversas críticas³⁷ à tópica a serem discutidas, entretanto para fins de citação apenas, as principais são relativas à: ausência de um sistema de prioridades ou uma hierarquia entre os topoi; falta de clareza de qual é a relação da tópica com o direito positivo e de qual a função das normas no processo de decisão, o que pode conduzir à conclusão de que a lei seria apenas mais um topoi; subestimação da importância da lei, da dogmática e dos precedentes; realização de uma análise insuficiente da estrutura dos argumentos, e; posse de um conceito pouco preciso de discussão.

A partir do século XV, os comentadores receberam crítica rigorosa por parte dos humanistas. O humanismo³⁸ representou rompimento com a tradição escolástica medieval e um retorno às fontes originais. O questionamento partiu de estudiosos da filosofia idealista de Platão. Até o método escolástico entrou em declínio.

A crítica humanista teve repercussão no questionamento da autoridade da Igreja, sendo a interpretação das escrituras através das fontes originais e não pela Igreja. Para os humanistas deveria ser substituída a visão dos glosadores com padrões rígidos pela visão dos diálogos de Platão (do accidental-especial ao ideal-geral).

O humanismo serviu de base para o rompimento da Idade Moderna entre direito e o método da escolástica.

3.2 – A Razão Sistemática

Com o declínio da tópica no universo jurídico, a atenção é voltada para o sistema. Embora as concepções sistêmicas surgidas na Era Moderna não correspondam com as da atualidade, é impossível pensar a questão jurídica fora de esquemas de perfil sistêmico. É difícil falar de uma noção³⁹ única de sistema, todavia é necessário compreender o conceito visto que muitas vezes a expressão ordenamento jurídico é confundida com a de sistema jurídico.

Segundo Norberto Bobbio, sistema é uma “totalidade ordenada, conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”⁴⁰. É necessário que os sistemas possuam traços de identidade que permitam determinar claramente o que faz parte do sistema e o

³⁷ BUSTAMANTE, T. da R. de. *Tópica e argumentação jurídica*, p. 162-163.

³⁸ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. LXXVI.

³⁹ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. 25-102.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 10ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 71.

que não faz, e os princípios contribuem para a harmonização e identificação destes elementos.

As teorias sistêmicas podem servir de referencia através de suas questões para os sistemas jurídicos, entre elas: quanto à natureza dos elementos constitutivos do sistema e ao tipo de relação que pode existir entre os elementos que formam o sistema. Essa possibilidade de adaptação é decorrente de mecanismos internos de flexibilidade ou nexos com o meio ambiente. Há inúmeras aplicações para noção de sistema, e após a Idade Moderna o direito é um dos que adota.

O enfoque sistemático do direito a partir da modernidade contribuiu para uma superação de um tipo de raciocínio orientado para os problemas jurídicos. Há três formas de sistemas identificados por Kerchove e Ost: sistemas estáticos e dinâmicos; formais e materiais, e; circulares e lineares, como citado na obra de Mendonça⁴¹.

É uma distinção característica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, entre a forma dinâmica e estática. O primeiro tem a validade de suas normas através de uma norma pressuposta, a norma fundamental. Já o segundo, em função dos seus conteúdos.

“Nessa perspectiva, objeto de estudo da ciência jurídica é exclusivamente a *estrutura lógica* do ordenamento jurídico, de modo que o teórico do direito deve abster-se de tecer considerações acerca do conteúdo das normas de direito positivo”⁴², de acordo com Bustamante.

O sistema de direito em regra são dinâmicos, não por apresentarem conteúdos válidos e sim por obedecerem a um processo determinado de elaboração. Para Kelsen não seria possível um sistema jurídico estático, aquele caráter é o resultado da construção do significado das normas com base na norma fundamental. Não obstante, há imprecisão da classificação kelseniana, pois uma norma tira sua validade da autoridade da norma fundamental, mas também de seu conteúdo, pois deve estar em consonância com a chamada *grund norm*.

Segundo Bustamante:

“Como se vê, há, até certo ponto, um acordo inicial entre o normativismo kelseniano e a tópica: ambos acreditam que há uma margem de ação para o jurista prático, haja vista que a norma jurídica a ser concretizada não permite, seja por imprecisão semântica ou por uma mudança do (ou

⁴¹ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 117-146.

⁴² BUSTAMANTE, T. da R. de. *Tópica e argumentação jurídica*, p. 156.

controvérsia sobre o) sentido e dos termos utilizados pelo legislador, a mera dedução de uma solução jurídica pronta. A desavença surge no momento em que o juiz (ou qualquer outro profissional do direito) exerce o seu poder de decisão sobre qual das interpretações possíveis deve prevalecer. Neste ponto, em que se requer naturalmente uma avaliação (ou valoração), Kelsen se recusa a estabelecer critérios, ao passo que a tópica entra em cena a fim de, por meio da leitura retórica do direito, fornecer um mínimo de racionalidade à decisão a ser tomada. Em suma, as duas teorias divergem acerca da viabilidade da razão prática”⁴³.

O direito é dinâmico de padrão kelseniano, fundado na autoridade, e estático de perfil jusnaturalista, referenciada na idéia de razão. O modelo misto convive com aspectos dinâmicos (fundamento de autoridade das decisões) e estáticos (existência de regras previamente estabelecidas). Não há que se falar de um sistema normativo puro dinâmico ou estático.

O segundo modelo enfatiza o conteúdo e a sua forma de elaboração, distinguindo entre material e formal respectivamente. Para a concepção deste, parte-se da idéia que o caráter sistêmico é derivado independentemente de seu conteúdo, e diversamente quando se trata de sistema material. Não tem como sustentar um sistema jurídico unicamente através do prisma formal sem estar fundado em certos valores.

Assim, temos como contraposição de tópica e sistema trazido por Moreira:

“Enquanto o pensamento tópico (ou problemático), que é indutivo, opera-se de concreto para o abstrato, do particular para o geral, porque parte do problema para a solução, conduz geralmente a uma pluralidade de sistemas; o pensamento sistemático (dedutivo axiomático), conduz-se do abstrato para o concreto, do geral para o particular, pois parte do todo, tendo como ponto de partida o próprio sistema, a partir do qual se opera uma seleção de problemas, que somente podem encontrar solução dentro do próprio sistema”⁴⁴.

Como já visto anteriormente, os sistemas não são excludentes entre si, sendo sim complementares⁴⁵. A concepção sistêmica é baseada em duas características: adequação valorativa e unidade de ordem⁴⁶. Esta última dando base à interpretação sistemática, já a adequação valorativa resulta da indispensável congruência entre ética e direito.

⁴³ BUSTAMANTE, T. da R. de. *Tópica e argumentação jurídica*, p. 157.

⁴⁴ MOREIRA, A. M. *Anotações Sobre a Tópica*, p. 208.

⁴⁵ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. XXIII-XXIV.

⁴⁶ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. 9-23.

Os sistemas formais apresentam certas características, como: o caráter dedutivo, a formalização, a axiomatização, a decidibilidade, a independência, a coerência e a completude. O caráter dedutivo é o primeiro dos traços constitutivos de relação perfeita de derivação entre premissa superior e inferior, concepção esta forjada nos séculos XVII e XVIII, todavia não se estrutura apenas em critérios dedutivos, sendo necessário também fundamento analítico. O raciocínio silogístico sofre limitações, carecem de precisão tanto as superiores como as inferiores, ocorrendo uma adequação entre elas, mas não uma dedução pura, apesar de ter papel de destaque no pensamento jurídico.

Quanto à formalização, a abordagem puramente sintática ao direito não é aplicável⁴⁷. Ligada às duas últimas características está a axiomatização dos sistemas formais. A esse processo unem-se duas propriedades formais: a decidibilidade do sistema e a independência dos axiomas. A primeira é a existência de rigorosos critérios intra-sistêmicos de formação e admissibilidade dos axiomas; a segunda implica uma redução ao máximo da quantidade de proposições que estruturam o sistema. Mas o problema é que os axiomas não estão expressos no direito, a princípio; e em segundo, os princípios estariam dentro ou fora do sistema?

Ponto interessante é a relação entre princípio e normas no sistema jurídico, os princípios gerais do sistema sofrem mudanças, a partir de situações particulares rompendo assim com a visão axiomática. O rigor desta compromete a sua flexibilidade e a adaptabilidade a novas situações.

Há dificuldade na aplicação da característica da decidibilidade, pois o mito da indiscutibilidade das premissas é superado pelas concepções que vêem nas práticas jurídicas um mecanismo de construção dos próprios fundamentos do sistema. A independência também é uma de suas características fundamentais, a qual implicaria a inexistência de mais de uma disposição normativa sobre a mesma matéria, o que não ocorre. Os sistemas jurídicos apresentam apenas episodicamente redundâncias normativas, mas têm nessa sobreposição de regras um de seus elementos característicos.

A coerência, harmonização entre normas jurídicas está associada à afirmação do poder estatal, todavia o tratamento é diferenciado entre o sistema jurídico e o sistema formal. Ao contrário do que ocorre em um sistema formal, as contradições entre as regras de um sistema jurídico nem sempre são claras, contudo o emprego de recursos da

⁴⁷ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. XVIII-XX.

hermenêutica torna possível a harmonização, o que não ocorre no sistema formal. Neste, implica na impossibilidade de aplicar as duas regras ou na inviabilidade do sistema; no sistema jurídico se não houver harmonização será aplicada apenas uma delas.

O equilíbrio do ordenamento jurídico é mantido pela utilização de três critérios básicos de solução de antinomias: hierarquia, cronologia e especialidade. Vê-se assim que o sistema jurídico não deve ser tratado como pensamento formal.

Quanto à completude, a caracterização no direito é complicada. Com ela se pretende criar um modelo de ordenamento jurídico pleno, nas codificações do século XIX. Cabendo até mesmo a crítica aos defensores da clausula de permissividade ou até mesmo de proibição em caso de lacunas, não há essa presunção. A completude, na verdade, deriva da obrigação do juiz decidir, mesmo que haja brecha no ordenamento jurídico. Essa noção não é formal, mas política ou moral.

Devido à crítica, percebe-se que o sistema jurídico não é um modelo puro lógico-formal, pois é dotado de uma sistematicidade de cunho material. Kerchove e Ost, citados em Mendonça⁴⁸, abordam segundo três perspectivas distintas: interdependência parcial entre os sistemas formais e materiais, complementaridade entre eles e especificidade dos sistemas materiais.

Há a complementaridade, uma verdadeira articulação nos sistemas jurídicos entre aspectos formais e materiais, sendo o processo de surgimento das normas jurídicas como uma conjugação entre sistematicidade formal e material. Sendo admissíveis em um sistema normativo regras derivadas de costumes, ou derivadas de princípios gerais de direito por certo não será um sistema puramente formal. Há ainda outras hipóteses que irão decorrer de explícita aplicação de critérios de ordem material.

A relação de complementaridade é forte entre sistema formal e material quando se discute a preservação da completude do sistema jurídico. Da mesma forma a coerência passa por uma integração entre sistematicidade formal e material no caso de lacunas⁴⁹ em que o instrumental formal mostrar-se insuficiente para a resolução de problemas.

As especificidades, enquanto o sistema formal tem um conteúdo mecânico, o material apresenta perfil orgânico, por isso o primeiro é tido como lógico e o outro como teleológico. A faceta mecânica advém de um nexos rígido dos elementos servindo

⁴⁸ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 134-140.

⁴⁹ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. 149-241.

de base para o silogismo normativo, é por desconsiderar a finalidade e as razões de existência do sistema. A faceta material advém não apenas de cunho dedutivo entre os elementos, mas de certa fluidez nas relações entre eles, é visto mais em termos de equilíbrio, harmonia e coesão.

Sistema jurídico orientado pela finalidade não pode ser objeto de uma leitura axiomático-dedutiva, deve ser considerado como um conjunto de regras voltadas à realização de determinados fins. A sistematicidade formal é um projeto concluído e a material não é bem definido. Todavia, é inegável importância desta, pois preservamos vínculos históricos sociais.

A concepção tradicional do sistema jurídico acredita na mera relação de subordinação entre si, característica linear, apenas uma diretiva vertical. Há também o padrão circular no pensamento do direito de perfil realista e sociológico, situando nas decisões judiciais o centro do sistema. Citados por Mendonça⁵⁰, Kerchove e Ost criticam, a diferença é apenas de origem sendo a lógica a mesma, vertical e linear. Eles buscam as “hierarquias entrelaçadas”, não pode ser nem o linear, hierarquizado e centralizado, nem o circular e descentralizado.

Os sistemas complexos são formados por relações de recorrência, formando aquilo que Kerchove e Ost associam a relações espirais entre elementos, podendo ser dedutiva ou indutiva. E ainda, destacam que existe uma gradação, mas os elementos de nível inferior por vezes subvertem essa lógica.

Esses pensadores questionam que há uma colaboração entre a entidade de criar as normas e aquela de dar-lhes aplicação. Ainda que o discurso jurídico tradicional seja de soberania e racionalidade, é crescente a atividade criativa de autoridades administrativas e judiciais. Segundo Bustamante:

“O processo de raciocínio que na prática leva a uma decisão final passa a exigir que se abandone a perspectiva monológica – do sujeito que simplesmente conhece um objeto preexistente – e se adote a perspectiva dialógica, típica de quem *argumenta* em face de um arbítrio que ‘já não é simplesmente notário da verdade jurídica do legislador’, mas sujeito ativo que, dentro de certos limites, também cria direito”⁵¹.

⁵⁰ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 142-143.

⁵¹ BUSTAMANTE, T. da R. de. *Tópica e argumentação jurídica*, p. 154.

Como exemplo o controle de constitucionalidade que deriva da atuação de um órgão não submetido a qualquer tipo de controle. O STF tem um papel construtivo da normatividade do ordenamento jurídico brasileiro, embora não seja formalmente dotado de competência para a criação de leis. Outro exemplo é o consubstanciado pelos poderes das autoridades administrativas. Ou ainda, a administração limitada pela lei, mas ela própria dá início ao processo legislativo, além de regulamentar as leis dele resultantes, às quais se encontraria vinculada. Os novos enfoques do fenômeno jurídico levam em consideração o fato de que as instituições de direito estão em constante mutação, em função de contingências históricas e culturais.

Apesar da insuficiência⁵² do sistema lógico-dedutivo, não se deve tratar o direito como um todo assistemático ou um sistema circular puro. Será estudada a substituição do pensamento medieval pelo modelo lógico sistemático de perfil linear da Idade Moderna.

3.3 – A Modernidade e o Direito Racional

O objeto deste segmento é referente à mudança do pensamento jurídico, que está relacionado com diferentes mudanças na política e na economia. Na Idade Moderna, o direito assumiu o papel de elemento de sistematização do poder político. O jurista deixou de ter como referência central a solução de problemas jurídicos para adotar um enfoque sistemático em torno da autoridade do Estado e da preservação de suas instituições. Devido à grande extensão dos Estados Modernos, o estudo foi deslocado de uma base casuística, contextual, para uma visão generalizante e despreocupada com a história. Surgiu uma nova idéia de ciência, rompendo com a visão eclesiástica da realidade, desenvolvendo assim o espírito investigativo do homem.

Os séculos XVII e XVIII são marcados pelo direito natural moderno ou jusnaturalismo. Esse fato é associado à crise metodológica da ciência positiva do direito, pois até então prevalecia o método dos humanistas que acabou por não romper completamente com a escolástica medieval.

A tendência moderna era denegar a cultura do medievo com a formulação de novos padrões, centrados no homem e na razão. O pensamento moderno a partir da

⁵² CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. 103-148.

reiteração de casos particulares, este passa a ser premissa, e com o agrupamento destas forma-se axiomas. Nesta progressão é que se baseiam os sistemas axiomáticos fechados.

Essas premissas também foram orientadoras do jusnaturalismo, pois assim como a natureza possui um fundamento lógico de funcionamento, também os agrupamentos sociais e políticos o têm. O direito natural moderno absorveu o conteúdo abstrato e sistematizante do racionalismo, com essa possibilitou o surgimento de uma teoria do direito moderno desvinculada dos fundamentos romanísticos. Mas a sua efetividade será averiguada.

O sistema jurracionalista foi base para as ordenações dos séculos XVII e XVIII e as codificações do século XIX, pois via o direito como assistemático, como mero comentário de textos isolados. Já para Viehweg, a mudança de pensamento dos séculos XVII e XVIII foi por se basear na existência de sistemas jurídicos de modelo axiomático-dedutivo, que rompe com a tópica.

O jurracionalismo foi também responsável por um isolamento histórico e axiológico dos conceitos jurídicos o que permitiu no século XIX a doutrina jurídica construir um arcabouço teórico. Apesar da negação expressa, há nexos entre o medievo e a Idade Moderna. Os pontos comuns seriam pretensão de universalidade, atemporalidade da razão e o papel do homem como ser dotado de racionalidade e sociabilidade; já a diferença é a separação entre o *ius divinum* e o *ius positivum*, pois acredita-se que o direito não é verdade e sim que é criação da razão humana.

O pensamento moderno associou a idéia de sistema jurídico ao modelo político dos Estados absolutistas europeus, e a conexão mais marcante se deu pelas doutrinas contratualistas. Era necessário buscar uma nova fundamentação, o pacto era despojado de historicidade, pois era de adesão contínua e tácita, bastando ser súdito. Estava ligada à noção de racionalidade humana, devido à renúncia de parcela da liberdade em favor da entidade superior.

O jurracionalismo moderno afastou qualquer reflexão ética a respeito das normas jurídicas, as quais seriam presumidas justas. Deixou de ser instrumento de resolução de problemas para afirmação da soberania do Estado (preservação do contrato social). A dogmática jurídica medieval em nada se compara em termos de abstração e sistematicidade com esquemas formais do jurracionalismo, com sucedâneo nas codificações do século XIX.

Um direito natural fundado na razão passou a ser base de todo tipo de proposta política, desde a soberania do Estado a popular, tornando-se aplicável a diferentes regimes e em distintos momentos históricos. A sua influencia foi desde a desintegração das estruturas políticas históricas e criação do Estado Moderno ao rompimento com a tradição do direito comum europeu.

O jusracionalismo apresenta papel ambíguo, enquanto no século XVII foi suporte das monarquias absolutistas, no século seguinte o iluminismo francês partiu de seus princípios para questionar a racionalidade do modelo. O padrão lógico-formal se afirmou no direito pela codificação, banindo deste o costume e o tratamento casuístico das questões jurídicas.

Com a Revolução francesa houve uma incrível mudança no direito, passando a prevalecer o império da lei. O alicerce racionalizado do sistema implementado é a tríade: igualdade, legalidade e separação de poderes.

O princípio isonômico alia legalidade e igualdade, e sintetiza a proposta de um direito individualista e racional, pois visualiza que todas as pessoas receberão o mesmo tratamento por parte da ordem jurídica independentemente de sua origem. E a legalidade é advinda da divisão dos poderes do Estado. Rompe com a tradição jurídica, é somente o poder legislativo quem pode criar normas, não podendo mais ser pelas práticas processuais. Está edificada assim a base para o processo de codificação.

A consagração de tal modelo ocorreu com a codificação, e o principal documento foi o código de Napoleão⁵³. Quando elaborado era mais fiel a tradição do direito comum francês do que a interpretação que a ele foi dada posteriormente. Não pretendeu criar sistemática jurídica inteiramente nova e sim harmonizar a herança jurídica pretérito com o direito do futuro. Trazia em seus artigos o princípio da inasfastabilidade da jurisdição, pressuposto básico da completude do ordenamento jurídico. A proposta era a de possibilitar a criação do direito pelo juiz. Os artigos surgiram para contornar a rigidez do princípio da separação dos poderes. Não obstante, fugiu da idéia originária. O exegeta busca na própria lei a solução para todas as controvérsias.

A Escola da Exegese acredita que o Código de Napoleão é um documento completo. Representa a concretização do projeto jusracionalista, pois foi a mais

⁵³ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. LXXXIV-XCII.

completa tradução de um modelo acrítico da ciência do direito. O código foi a realização da utopia racionalista no campo jurídico.

Bobbio⁵⁴ sintetiza cinco causas para o surgimento e expansão da Escola: a codificação; o apego ao princípio da autoridade e à vontade do legislador; o princípio da separação dos poderes; o princípio da certeza do direito, a restrição da atividade criadora dos juizes é garantia da estabilidade das instituições, e; as pressões do regime napoleônico, este tem natureza política.

A denominação da escola se deu pelo método adotado, de reproduzir o esquema temático e realizar comentários artigo por artigo. Bobbio⁵⁵ também elenca as características principais desta escola, entre elas: as inversões da relação tradicional entre direito positivo e natural; a concepção rigidamente estatal do direito; a interpretação à vontade do legislador, surgindo assim uma oposição a *mens legislatoris* a *mens legis*; o culto do texto da lei, e; o princípio da autoridade.

Os juristas passaram a ter como referência não mais a resolução de casos, mas um enquadramento deles em um rígido modelo normativo sistemático-formal, despido de nexos históricos ou morais e orientado pela afirmação do Estado. A tradição do positivismo jurídico alemão é diversa do francês.

Apesar da resistência do pensamento jurídico alemão, surgiu o pandectismo⁵⁶ que partiu da Escola Histórica a fim de demonstrar um sistema conceitual bastante próximo daquele padrão axiomático característico do pensamento racionalista. Este partiu do estudo das instituições do direito romano. A base de estudo da Escola da Exegese e do pandectismo era diverso, entretanto a metodologia adotada por ambos era a consagração de um enfoque do direito lógico-dedutivo, despido de referências histórico-sociais.

O papel privilegiado dos conceitos jurídicos foi orientador do pensamento jurídico alemão⁵⁷. O pandectismo não socializava o direito estatal, todavia também considerava a ordem jurídica um sistema fechado de normas. O refinamento teórico e a perfeição doutrinária dos conceitos gerariam um sistema completo. Para a Exegese, o

⁵⁴ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 78-81.

⁵⁵ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 84-89.

⁵⁶ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. LXXXI-LXXXIV.

⁵⁷ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. XCII-XCVII.

direito é um sistema fechado de leis. No pandectismo o juiz também era apenas um aplicador da subsunção.

Na formação dos juristas, na Alemanha e na França, eram orientados por um processo silogístico, não em estudo de casos controvertidos, todavia esse padrão de ciência sofreu uma crise após a segunda metade do século XX.

O exemplo do extremo da sistematicidade lógico-formal aplicada ao direito é a Teoria de Hans Kelsen. Para Hans Kelsen, a ciência do direito deveria ter como objeto de estudo as normas, afastado do resto. A sua teoria seria aplicável a qualquer tipo de sistema jurídico. Montou uma estrutura hierarquizada e deu ênfase a autoridade.

Unidade do ordenamento jurídico era assegurada pela norma fundamental. Hierarquia dedutiva chamada de pirâmide de Kelsen. As normas eram válidas não por serem justas ou compatíveis com determinados costumes, e sim por serem reconhecidas pelo Estado. O direito seria uma ciência do dever-ser, regida pelo princípio da imputação, dotada de extremo rigor científico.

Kelsen aceitava fonte não positivada, todavia esta deveria estar como aceita pela Constituição. Também não permitia a existência de lacunas, assim a regra geral era de aquilo que não é vedado pela lei. É permitido. A pureza de Hans Kelsen foi a tentativa mais elaborada de um projeto do jusracionalismo moderno. Não preservavam seus vínculos históricos e valorativos.

3.4 O Declínio e os Problemas Metodológicos

A superação moderna da tópica gerou problemas metodológicos⁵⁸. A estrutura hierárquica seria garantidor dessa coerência, entretanto várias vezes a norma inferior é aplicada mesmo em contradição com a superior, pois há presunção de validade da norma até o seu controle de constitucionalidade. Isso já demonstra a impossibilidade de aplicação ao direito dos parâmetros de uma lógica formal.

“O jurista da época de *Tópica e Jurisprudência* começa a desconfiar da afirmação de que as normas gerais elaboradas pelo legislador são sempre racionais e

⁵⁸ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. XX-XXIII.

podem oferecer resposta a quaisquer problemas jurídicos”⁵⁹, segundo comentários de Bustamante.

Assim a dogmática jurídica teve que utilizar recursos de natureza técnica como: analogia, costumes e princípios gerais de direito, verdadeiros *ars inveniendi*. Se fosse considerado lógico-formal somente modificações pelo legislativo seria possível, todavia também há relevante papel na construção dos sentidos das normas pela jurisprudência.

Para Viehweg, outro problema é a limitação dos códigos aos institutos de direito privado que possuem origem tópica. Tradução do fracasso foi a tolerância pelo processo de interpretação e integração da atividade criadora dos juizes. O declínio da tópica ocorreu também por causa do estatismo jurídico.

Respondeu principalmente essa mudança metodológica por uma ordem política. O pensamento jurídico moderno deixou a indução e passou à dedução, banindo o método escolástico, o estudo da dialética e do direito romano. Despido de vínculos histórico-culturais. As concepções sistemáticas sobre o direito têm o mérito de reconhecer a função do Estado na construção da ordem jurídica.

O conflito entre as tendências abstratas e sistematizantes gerou insegurança, colocando em questão o caráter lógico-dedutivo. Essa discussão fez reafirmar o projeto lógico dedutivo como pensar numa argumentação jurídica ampliada dialética moderna. Essa é referência constante à realidade. A visão argumentativa tem o lado histórico cultural, como estabelece vínculo entre lógica e ética. A proposta é buscar alternativas metodológicas para além da rivalidade positivismo e jusnaturalismo, o que é encontrado no enfoque tópico e argumentativo.

Capítulo 4 – Alternativas Tópicas para o Direito

4.1 – A Tópica Aplicada ao Direito

A abordagem problemática pode contribuir para o conhecimento jurídico. Será feito balanço da teoria da argumentação e rebatido as suas críticas. Para Viehweg um sistema axiomático está na relação entre proposições, princípios e axiomas, de forma que haja dedução, e; de que não tenha contradição entre estes, apesar de independentes.

⁵⁹ BUSTAMANTE, T. da R. de. *Tópica e argumentação jurídica*, p. 155.

Essa é a proposta de ciência do direito da Idade Moderna, mas não foi concebida, pois a escolha dos axiomas é elaborar a partir de opções políticas, culturais ou axiológicas.

O sistema para o direito não é axiomático, e sim uma conexão entre problemas. Não existem proposições basilares para todas as deduções, nesse caso, a referência são os catálogos de topoi. Assim, conceitos e princípios jurídicos têm concretização e delimitação nos problemas. Os conceitos no direito apresentam indeterminação o que não afasta a tópica, e ainda podem ser alterados ao mudar os sentidos de expressão (vínculo com a linguagem). Aristóteles, em sua sabedoria, já teorizava que “no tocante ao número de sentidos que um termo comporta, não devemos limitar-nos a tratar daqueles termos que possuem diferentes sentidos, mas também esforçar-nos por defini-los”⁶⁰.

No século XIX pretendeu-se afastar a estrutura de conceito, todavia o direito positivado não preenche requisitos de completude e coerência típicos dos sistemas axiomáticos, e recorre-se, assim, a recursos técnicos como a interpretação e a integração normativa⁶¹. Esse resgate da tópica não é mera substituição, e sim problematização do sistema do direito, rompendo com a pretensão de sistema fechado. O Moreira de forma coerente explana essa situação de compatibilização quando leciona que “de fato, a tópica não se opõe à noção de sistema aberto, até porque o pensamento problemático é compatível, tão-só, com um modelo de sistema fechado, sendo harmonizável com qualquer outra visão de sistema”⁶².

Para Viehweg, interpretação é um instrumento tópico, harmonizando diferentes sistemas. Uma forma de perceber a repercussão⁶³ da tópica é a interpretação teleológica. Além da interpretação há o processo de aplicação do direito⁶⁴. Pois compreende relações sociais e valores dominantes em determinadas épocas e locais, insuficientes no paradigma lógico-formal. O papel da tópica na aplicação é ampliar o acervo conceitual, formando o sistema tópico⁶⁵, exemplo de um sistema aberto. Como terceiro ponto é a linguagem natural. A construção do sentido do texto normativo é associada ao caso

⁶⁰ ARISTÓTELES. *Tópicos, Dos Argumentos Sofísticos*, p. 16.

⁶¹ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. CI-CIX.

⁶² MOREIRA, A. M. *Anotações Sobre a Tópica*, p. 209.

⁶³ MOREIRA, A. M. *Anotações Sobre a Tópica*, p. 209.

⁶⁴ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. CIX-CXII.

⁶⁵ CANARIS, C.-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. CXII-CXIII.

concreto. Todavia, a tarefa mais difícil são os imperativos de uma ordem sistêmica, equilibra coerência com a construção de sentidos para os conceitos.

Atua também no enquadramento jurídico dos fatos. “Assim, o sistema jurídico fornece as bases para as decisões judiciais, mas também tem o seu próprio conteúdo alterado ou ampliado, pelos raciocínios tópicos adotados pelo juiz, no momento em que faz o cotejo entre fatos e normas”⁶⁶, segundo o melhor entendimento de Mendonça.

O direito está ligado à tópica desde as suas origens. Para Viehweg, a interpretação é tida como invenção, técnica há muito utilizada e guarda forte relação com a retórica. Sendo assim impossível banir a tópica do direito. O raciocínio tópico permite não apenas a pacificação social, mas também a solução da aporia fundamental, a justiça. O que é razoável e justo aqui e agora é o que caracteriza a prudência, a sua finalidade. “A tópica pode ser eficiente instrumento à disposição do operador do Direito na busca de uma justiça, ensejando, inclusive, o uso alternativo do direito”⁶⁷, de acordo com Moreira. A sistematicidade do direito coloca em segundo plano a sua própria causa, a realização da justiça.

A tópica e a jurisprudência devem seguir caminho análogo: - estrutura da jurisprudência somente é determinada a partir do problema, o conceito e proposição só podem ser compreendidos a partir do problema, e estes só podem ser utilizados vinculados ao problema⁶⁸. Percebe-se o vínculo entre proposições, conceitos e problemas.

A tópica não tem solução incoerente devido à referência comum de justiça, não implicando um relativismo absoluto. O enfoque deve ser nas raízes problemáticas, não podendo recair na sistematicidade abstrata. De acordo com Mendonça, “adoção de uma sistematicidade axiomática é inviável, que rompe com uma ligação histórica entre a formação do acervo jurídico da tradição ocidental e a busca de solução para problemas concretos”⁶⁹.

Crítica na tentativa de tornar premissa os princípios gerais de direito e o direito natural. Concepção histórica e empírica do direito natural. Como preservar o nexos problemático dos conceitos e proposições jurídicas? Os conceitos possuem conteúdo

⁶⁶ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 205.

⁶⁷ MOREIRA, A. M. *Anotações Sobre a Tópica*, p. 214.

⁶⁸ VIEHWEG, T. *Tópica e Jurisprudência*, p. 89.

⁶⁹ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 208.

axiológico, à luz do conceito de justiça. Como exemplo há a declaração de vontade, que pode um ato jurídico viciado ser anulado.

A doutrina jurídica sempre incorpora novos conceitos como temos as mudanças na jurisprudência dos tribunais ao longo dos anos. A referência à aporia fundamental é uma forma de harmonizar o perfil dedutivo com o indutivo. A capacidade inventiva é fundamental para essa harmonia, enfatizando a idéia de ligação entre conceito e proposições com os problemas.

Evita-se estrutura conceitual previamente elaborada. Os princípios básicos de um ordenamento dever ser dotados de flexibilidade, não aprisionando o intérprete e o aplicador. Deve-se de imediato, para Viehweg, afastar o raciocínio apenas dedutivo do campo do direito e encarar os pontos de vista para se aplicar o direito. Não há um dualismo e sim uma harmonização. As instituições de direito representam a síntese dos fundamentos morais do direito e da experiência jurídica.

Claro é o nexos existente entre tópica e argumentação. Houve uma retomada da retórica no início dos anos 70. Para Viehweg, as abordagens situacionais ou pragmáticas são importantes alternativas aos modelos axiomáticos. “Ao defender o raciocínio jurídico fundado na solução de problemas, a tópica nada mais está fazendo do que ressaltar o papel da argumentação, na formulação das instituições de direito”⁷⁰, segundo Mendonça em sua obra.

A solução para os problemas não resultam de mero silogismo, muito menos poderíamos transformar os topoi consolidados em axiomas. Outro aspecto é a questão ética no direito⁷¹, como exemplo há a ética procedimental nos deveres processuais. Também há papel da argumentação nas conexões entre o caso e a aporia fundamental. Agora, para melhorar explicar os conceitos apresentados, abordaremos brevemente de forma argumentativa o direito.

4.2 – A Teoria da Argumentação como Alternativa Tópica

Qualquer estudo das características tópicos do direito deve estudar também a argumentação no campo jurídico. A construção dos institutos jurídicos se dá pelos procedimentos argumentativos, com base na contraposição de opiniões. Assim, há certa

⁷⁰ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 217.

⁷¹ VIEHWEG, T. *Tópica e Jurisprudência*, p. 106-107.

maleabilidade das instituições de direito. “Falar da tópica é, na prática, discutir a historicidade do direito. Tratá-lo como resultado de uma consolidação cultural das soluções atribuídas a problemas ao longo do tempo. Falar de argumentação é examinar a forma de atuação dos juristas, assim como os recursos simbólicos e de linguagem por eles utilizados no alcance de tais soluções”⁷², segundo Mendonça. Parte-se de Chaim Perelman para este estudo, e também da tópica de Viehweg, os quais servem de crítica ao normativismo jurídico de Kelsen.

Perelman destaca no direito sua faceta mutável e conjuntural. Ele aplicou a sua teoria em diversos campos, mas seu foco principal foi o direito. Somente é possível imaginar a tópica no direito quando se leva em conta a prática jurídica na construção de significado das normas, devido à estrutura dialética do processo.

Aspecto fundamental da proposta de Perelman é a distinção entre demonstração e argumentação. Atualmente há a concepção moderna de ciência e não-ciência como é possível perceber nos ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos⁷³, e para Perelman é um equívoco metodológico, devido ao traço destes saberes subjugados. O modelo demonstrativo, relação entre premissa e conclusões de forma absoluta, é típico das ciências exatas e naturais, e o argumentativo das ciências humanas e sociais, esta sempre tendo relação com opiniões aceitas de forma hegemônica em determinado local e tempo.

A essência deste saber é a concordância dos sujeitos passivos ou auditório da relação, o que em nada se identifica com os procedimentos demonstrativos. Há grande importância do sujeito passivo, visto a sua experiência anterior, sendo a argumentação mais que uma mera recepção apática de informações. Para estudo dos fenômenos humanos, o referencial argumentativo é mais aprimorado que o demonstrativo.

A relação do orador com o auditório é um dos pilares, deve-se tentar uma identificação entre ambos para facilitar a aceitação da tese defendida. No que se refere ao auditório é algo apenas simbólico, Perelman chama de auditório universal a sua concepção ideal. Nesta é o orador que escolhe o auditório⁷⁴. Outro pressuposto é a

⁷² MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 220.

⁷³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. Coleção para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, vol. 4. São Paulo: Cortez, 2006.

⁷⁴ PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

existência de uma abertura do auditório a ser convencido da tese proposta. E temos ainda a existência de regras que orientam a interação entre orador e auditório e a contraposição de teses quando for o caso.

Perelman não vê muita importância na distinção aristotélica entre retórica e dialética para a teoria da argumentação. As regras são importantes, devem ser de conhecimento de todos os envolvidos e deve sempre que possível, contar com a sua anuência expressa. E estabelecida as regras, só é possível alterá-las com a concordância de todos, de outra forma compromete as conclusões.

Perelman classifica com base na fundamentação, argumentos operam por associações ou dissociação de noções. Os por associação são classificados como argumentos de ligação, e subdivididos em quase lógicos, fundados na estrutura do real e fundantes da estrutura do real.

O quase lógico institui certas premissas como sendo dotadas de um nexu lógico-formal que elas nem sempre possuem, como exemplo a citação de uma máxima. Deve-se cuidar para o auditório não a por como objeto de controvérsia. Os fundados são organizados a partir do estabelecimento de conexões entre a tese apresentada e as experiências do auditório. Os fundantes não partem da vivência do auditório e sim de certos padrões previamente estabelecidos, e que serão passados ao auditório como os mais adequados. A utilização deste argumento é mais uma tentativa de transferir os seus padrões do que se aproximar com a realidade do auditório.

O apelo a modelos nem sempre é dotado de veracidade histórica. Exemplos: mitologia, fábulas. O partir de exemplos tem uma veracidade histórica, podemos exemplificar através de monges tibetanos. A analogia possui caráter persuasivo, mostra as semelhanças, mas não as diferenças, é iminentemente típico da indução e não da dedução ou do silogismo. Os argumentos a partir da dissociação de noções são o oposto dos anteriores. Pretende-se separar os fatos, conceitos ou valores pela via da argumentação, exaltando as diferenças e minimizando os pontos em comum. Explica, assim, determinada situação pela negação.

Verifica-se, assim, a contribuição da teoria de Perelman para o direito. Um exemplo é o direito costumeiro como discurso jurídico hegemônico. A tópica faz uma análise do mecanismo histórico de surgimento e modificações das instituições jurídicas, a teoria da argumentação concentra-se no conjunto de procedimentos que dão origem às

instituições. A teoria de Viehweg e de Perelman vê o direito vivo na atuação dos tribunais. O juiz não é puro exercício de autoridade, está vinculado à justiça e pacificar relações sociais⁷⁵.

A grande questão é a delimitação das fronteiras do auditório, o qual sofre ampliação. A magistratura também deve preencher os requisitos do recurso. Como exemplo podemos citar a fundamentação de um juiz. As cortes superiores utilizam não apenas argumentos de base teórica-jurídica como argumentos de aspectos valorativos e do senso comum. A argumentação torna as questões jurídicas mais acessíveis à sociedade, com isso é na fundamentação das decisões que estabelece conexão entre a questão técnica e as demandas conjunturais.

Nos tribunais superiores há uma incrível convergência entre tópica e argumentação, no exame dos casos o juiz dá um sentido específico para a lei, adicionando novos topoi. O recurso à jurisprudência é muito comum, caso típico de discurso dominante por parte dos tribunais superiores.

Desde Aristóteles é comum o manejo dos argumentos para a formulação dos catálogos de topoi. É evidente o fundamento retórico das práticas jurídicas, que sofreu declínio com a ampliação dos parâmetros formais do racionalismo moderno. A proposta dos dois pensadores é resgatar esses fundamentos, mas não como mero retorno.

4.3 – Rebatendo Críticas

Uma das mais severas críticas é a de Claus-Wilhelm Canaris aos enfoques tópicos e argumentativos. Ele parte de pressupostos bastante discutíveis. Serão analisadas as impossibilidades da tópica no campo do direito.

A primeira crítica importante é de que o sistema jurídico e tópica não são harmonizáveis. Para Canaris é contraditório falar em “sistema tópico”, trabalhar com problemas singulares desvinculados assim de unidade e coerência. Cabe averiguar antes o tipo de sistema, e neste caso o direito para ele é sistema aberto. Assim acaba se utilizando em seu próprio conceito de instrumentos tópicos como a interpretação. Outra afirmação quanto à solução de casos singulares não conduz à idéia de unidade e ordem não é verdadeiro, basta analisar o caso da common law.

⁷⁵ CAPPLLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

Como segunda crítica há a máxima de que para ser jurídico deve ser sistemático. É uma abordagem que negligencia as bases históricas do direito. O direito como sistema data da baixa Idade Média para Mendonça, e da modernidade para Viehweg. Antes disso os juristas tinham em vista oferecimento de soluções para os conflitos. A partir da Baixa Idade Média surgiu uma pretensão de organizar o direito a partir de certos princípios, todavia não era o mesmo modelo sistemático da Idade Moderna devido à presença da retórica aristotélica. Não há, assim, caráter ontológico na aplicação da referência sistêmica ao estudo do direito, devido à tese de historicidade da natureza sistemática do direito.

A terceira crítica seria a de que o sistema jurídico aberto pressupõe o raciocínio tópico. Para Canaris sistema aberto é uma crítica ao sistema fechado, já a tópica é assistemática. Há assim identidade entre uma gênese tópica do direito e as mutabilidades e extensibilidade do sistema.

Também há como crítica a não existência de qualquer inovação quando a tópica vincula conceitos e proposições jurídicos a problemas. Há vínculo necessário entre o arcabouço conceitual do sistema jurídico e o campo dos problemas. Só cabe o argumento de que o exame teleológico não é específico da tópica, se considerar que a tópica e sistema não se harmonizam. A análise teleológica, ou seja, de fatos e valores é puramente tópico. O carrasco reconhece a importância dos problemas no sistema jurídico, apesar de secundários e da dissociação com a tópica (sem vínculos históricos)⁷⁶.

Ainda há a de que a tópica está ligada à dialética, que se liga à retórica⁷⁷, e todas estão distantes da verdade. A crítica de Canaris é que há um falseamento da verdade, contudo Perelman relata afirmando a retórica como conjunto de procedimentos adotados de certas regras, e voltadas à formação de um consenso. O distanciamento com a verdade é devido ao direito que não opera com verdade, e sim com saberes dominantes.

Assim, o crítico contumaz reduz nessa crítica o direito à lei positiva com concessão aos valores fundamentais históricos por meio da idéia de abertura. A proposta tópica não nega a existência de um sistema de direito positivo, mas pretende repensar a idéia de uma ciência do direito que o tenha como única referência.

⁷⁶ CANARIS, C-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. 273-277.

⁷⁷ CANARIS, C-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. 255-256.

A sétima crítica, com base no positivismo jurídico, é referente à validade⁷⁸ das normas jurídicas, porém não é legítimo a insuficiência intrínseca da tópica jurídica feita pela crítica de Canaris. Afasta ele também a tópica da atividade do tribunal, pois pensa em metodologia na atualidade e não real, e também considera importância na decisão e fundamentação e não na deliberação judicial. Rebate-se, pois é necessário desenvolver uma metodologia do direito que leve em conta a atividade concreta e atualmente cada vez mais a deliberação e a utilização de argumentos de natureza fática e valorativa são importantes.

Outra crítica é de que a tópica é útil apenas para o legislador. O opositor prega que ela tem mais a oferecer ao legislador e à ciência política do que ao juiz e ao direito. Essa restrição leva em conta apenas a tópica aristotélica, negando todo o percurso histórico desse modo de raciocinar.

Canaris também critica a idéia do direito como tópica por excelência, as vezes o aplicador não precisa interpretar e quando precisa, são os casos de cláusulas gerais, não criando o direito. Para ele, direito é uma ciência hermenêutica e não de ação⁷⁹, não pode substituir o direito positivo pela vontade de todos. “Desconhecem que a Ciência do Direito tem a ver, em primeira linha, com a execução consciente de valores já legislados e não com a *escolha* tópica de premissas; portanto é uma doutrina do <<entendimento justo>> e não do <<comportamento justo>>”,⁸⁰ nas palavras de Canaris. Essas valorações não estão diretamente associadas à tópica, visto o seu pensamento teleológico-sistemático, essa crítica funde-se numa visão abstrata da atividade jurídica.

Parece não haver divergência entre Canaris e Viehweg e sim uma leitura pouco precisa. A tópica não é utilizada só na gênese do direito, visto que o direito positivado mesmo não mudando é palco de mudança na jurisprudência devido a interpretação.

A última crítica do flagelante é a afirmação de que a tópica só é útil excepcionalmente, quando a valoração pelo direito positivo é incompleta, como no caso das lacunas na lei e das cláusulas gerais. Assim, para ele, a atuação da tópica restringe-se quando o direito positivado é insuficiente, ou seja, os casos seriam nas lacunas da lei ou em caso de cláusulas gerais. A crítica a essa forma de pensar de Canaris deve-se ao

⁷⁸ CANARIS, C-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. 256-262.

⁷⁹ CANARIS, C-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. 262-269.

⁸⁰ CANARIS, C-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. 269.

espaço meramente residual concebido a tópica, tendo ele uma visão limitada do processo hermenêutico, que ignora por completo os fundamentos históricos.

4.4 – A Importância da Tópica para o Direito

A crítica de Canaris acredita num papel da tópica, apesar de complementar, no direito, pois admite existirem campos em que não são claros os limites entre os pontos de vista estritamente sistêmico e aqueles baseados no senso comum. A tópica tem papel relevante na concretização dos princípios e nas áreas de predominância de cláusulas gerais⁸¹.

A divergência entre este pensador e Viehweg é pela leitura errada deste por aquele. “A proposta da tópica é a de uma crítica aos parâmetros metodológicos do positivismo jurídico e do normativismo kelseniano, que culminaram em um afastamento entre o direito e os seus fundamentos histórico-culturais”⁸², como ensina de forma brilhante Mendonça.

É crítica descabida de que a tópica não seria a única forma de pensar por problemas e de que seria impossível raciocinar de forma problemática em contexto sistêmico. Fala-se até mesmo de uma interação mais ampla entre o raciocínio tópico e sistêmico. Há a possibilidade da tópica como base para uma metodologia da ciência do direito?

Há como desvantagem do método dedutivo a total submissão do sistema às premissas criadas por meio de axiomas, e há para isso a vantagem da tópica de que se refere frequentemente a raciocínios fundados no problema e está ligado a procedimentos argumentativos. Mendonça acredita que seja necessária uma visão sistemática do direito atualmente, e para isso, os processos de integração e interpretação são fundamentais na oxigenação do sistema normativo.

Uma forma de harmonia entre sistema e tópica: o processo de hierarquização axiológica pressupõe a capacidade do intérprete de estabelecer em cada caso a forma de incidência dos princípios superiores do sistema jurídico. Outra, para Viehweg é da essência da atividade jurídica a revisão e ampliação do conteúdo dos conceitos, visto que a interpretação está ligada com a historicidade dos institutos.

⁸¹ CANARIS, C-W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. 269-272.

⁸² MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 267.

Apesar da advertência de Ferraz Junior da tópica ser um modo de pensar e não um método⁸³, ela apresenta uma importante contribuição. Os raciocínios tópicos como também são utilizados no campo da aplicação, faz-se necessário o estudo do papel dos tribunais, principalmente os superiores.

Capítulo 5 – Tópica: método aristotélico nas decisões do STF

5.1 – Tribunais Superiores e o Método Aristotélico

Como já visto é possível uma metodologia tópica do direito. Justamente na aplicação das normas positivas existentes, com implicação histórica e contextual. Não há como pensar o direito afastado da visão de sistema assim como da tópica.

Deixamos claro já que admitir a aplicação da tópica é diferente de tratar de sistema aberto. Para trabalhar melhor essa questão será estudada a prática dos tribunais, os superiores devido ao seu destaque no ordenamento como um todo. Pois, segundo Mendonça⁸⁴, ainda que “o eixo da criação do direito tenha sido deslocado dos tribunais para o poder legislativo, os procedimentos de hermenêutica jurídica preservaram o caráter de concretização normativa inerente às decisões judiciais”. Assim a opção é pela importância institucional e pela riqueza dos procedimentos argumentativos. Desta forma, analisaremos primeiro as cortes superiores e depois estritamente o Supremo Tribunal Federal.

Será examinada a função institucional no contexto do Estado. Tradicionalmente há a separação de poderes, cabendo ao judiciário aplicar as normas e ao legislador criá-las, contudo o impasse metodológico de quando é insuficiente as leis existentes para a solução resolveu-se através de um conjunto de procedimentos da hermenêutica jurídica, flexibilizando o conteúdo das normas.

Assim, em nada afeta o processo de criação pelo legislativo. “Entretanto, um exame prático de tal questão revela que o significado de uma norma positivada em boa parte dos casos não deriva do conteúdo gramatical dos vocábulos nela expressos e sim da leitura que dela fazem os aplicadores do direito”, como visto na obra de Mendonça⁸⁵.

⁸³ Ver GALVÃO, F. A. G. *A Tópica é ou não um método de interpretação?*, p. 265.

⁸⁴ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 275.

⁸⁵ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 277.

Permite-se argumento de norma implícita, porém não é possível aceitar o caráter de permanência e de desvinculação histórica. É um resultado de valorações dotado de inegáveis referências conjunturais e passíveis de modificação com o passar do tempo.

A proposta de harmonização entre tópica e sistema jurídico passa por uma contextualização da hermenêutica jurídica. Os mecanismos de interpretação surgiram muito antes da crise do positivismo jurídico e o resgate dos fundamentos metodológicos ocorre a partir do momento que é atenuado o princípio da separação de poderes, com atribuição de maior liberdade ao juiz.

Difícil foi ignorar o conteúdo normativo do ordenamento jurídico dada pela interpretação do judiciário. Os recursos interpretativos no campo do direito representam um elemento de aproximação entre lei e fato, não sendo incompatível tópica e sistema. Como explicar o prestígio da jurisprudência, mesmo nos sistemas de direito codificado?

É importante a reflexão sobre o papel normativo dos tribunais tanto na tradição anglo-saxã, mas também nos sistemas de direito codificado. A doutrina estadunidense é rica no tratamento deste tema. As cortes superiores têm caráter político, seja pela forma de recrutamento dos seus membros, pelas consequências das suas orientações.

Um dos maiores temas está relacionado com a eficácia normativa da Constituição, e a superação das tendências. Estendem-se às diferentes matérias tratadas pela legislação infraconstitucional. As normas de caráter principiológico implicam consequências reais, assim vislumbram-se claramente possibilidades de uma metodologia tópica do direito no âmbito da hermenêutica constitucional. O Estado, com isso, passa a examinar as práticas jurídicas que dão consistência aos princípios e às normas constitucionais. Atividade das cortes superiores demonstra de forma cristalina um exemplo.

Os tribunais são incumbidos de zelar pela estabilidade da ordem jurídica, com maior responsabilidade quando há crise de legitimidade de algumas normas. Não podem fugir dessa função. Não obstante, não estão imunes ao processo de declínio da legitimidade. Assim, as cortes são campos férteis para a perspectiva tópica e argumentativa sobre o direito.

Ao relacionar conceitos com fatos, o juiz contribui para uma precisa determinação do conteúdo dos conceitos, visto que as afirmações de que certas normas

não precisam de interpretação são errôneas, pois se deve interpretá-las ao mudar a conjuntura. Criando assim, precedentes ao delimitá-los.

Como traço dos raciocínios tópicos e mecanismo de criação de instituições são os raciocínios indutivos. Como exemplo as cortes superiores que criam precedentes, apesar de não poderem criar direitos. Perelman lembra que a oxigenação pode virar em rigidez quando os juízes ficam vinculados a decisões anteriores, colocando em cheque a atual situação da polêmica súmula vinculante.

A exigência de uma motivação nas sentenças faz com que tanto a corte suprema reconheça as novas facetas de um caso como os juízes reconheçam semelhanças em casos anteriores. É exatamente nas fundamentações que os juízes utilizam os diferentes recursos argumentativos. O estudo é aqui de atuação dos tribunais superiores e a sua função orientadora em relação às demais instâncias julgadoras.

A motivação surgiu na Revolução Francesa para controlar a atividade dos juízes, porém não é possível reduzir a zero a atividade criadora destes. O que era um instrumento de limitação acabou por representar a atividade construtiva do magistrado. Antes era para justificar-se perante o legislador, atualmente à opinião pública, estando as decisões próximas do interesse geral. Segundo Perelman, “é desarrazoado o que a opinião pública não pode aceitar, o que ela sente como manifestamente inadequado à situação ou contrário à equidade”⁸⁶.

A atividade judicial deriva de escolhas fundadas em juízos de valor e por isto deve ser motivada. Segundo Mendonça, “as decisões dos tribunais superiores resultam de uma grande costura entre os argumentos trazidos pelas partes litigantes, precedentes judiciais e imperativos de razoabilidade e congruência entre fatos e normas jurídicas em vigor”⁸⁷, bem como, segundo Perelman a motivação é o discurso a um auditório⁸⁸.

A teoria deste surgiu para quebrar a idéia de decisão judicial como simples manifestação do poder, mas sim tendo um caráter persuasivo das praticas jurídicas no contrato do estado democrático de direito.

Os juristas atuam na busca de soluções, sem preocupação direta com o poder político do Estado. Na Era Moderna, a preocupação foi para o campo jurídico.

⁸⁶ PERELMAN, C. *Ética e Direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 566.

⁸⁷ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 291.

⁸⁸ PERELMAN, C. *Ética e Direito*, p. 570.

O direito privado advém da resolução de conflitos, por isso sua origem tópica, já o direito público corresponde a um projeto de sociedade e espelha a vontade de quem detém o poder. E na história a relação de poder estatal com o direito privado era de reconhecer os institutos jurídicos surgidos da tópica. Todavia, houve rompimento com essa tradição após a codificação do direito. O direito público também sofreu inúmeras mudanças, principalmente após o fenômeno da constitucionalização.

O modelo burguês de Estado tinha o sujeito de direito como centro, sua proteção derivava da liberdade negocial e da igualdade. O estado liberal não atende a toda sociedade, assim procuravam substituí-lo pelo socialista, onde a igualdade não fosse apenas formal, mas também concreta. Assim, o perfil do Estado é alterado para intervir diretamente tanto na ordem econômica e como na autonomia contratual. O declínio do Estado liberal e do positivismo jurídico é concomitante ao surgimento do Estado Social. “Com isso, o padrão lógico-formal de interpretação do direito foi vencido pela prática jurídica, que demonstrou não ser possível raciocinar de forma absolutamente abstrata no campo do direito, justamente porque ele lida com fenômenos de ocorrência historicamente determinada”⁸⁹.

Superou a sacralização do direito positivo, e resgatou o papel dos valores no direito. Essa mudança de preservação do Estado para realização do bem-estar dos indivíduos, fez com que a superação entre direito público e privado perdesse força, devido à constitucionalização como anteriormente citado.

Desta forma é possível utilizar a tópica na interpretação da constituição, pois as limitações citadas de que somente o direito privado possui origem tópica foram superadas. A noção de Estado democrático traduz a valoração do poder estatal voltado à realização do bem estar de todos os cidadãos. A tópica é um instrumento valioso porque dos casos concretos “deriva a contextualização histórica dos princípios gerais de direito, aplicados tradicionalmente no direito privado e hoje próximos do que se pode chamar de princípios fundantes do Estado democrático de direito”⁹⁰, segundo o precioso entendimento de Mendonça.

5.2 – A Aplicação da Tópica pelo Supremo Tribunal Federal

⁸⁹ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 297.

⁹⁰ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 300.

Além da guarda da Constituição Federal, o STF tem competência originária para julgar o presidente e os ministros do estado, e recursal de decisões dos tribunais superiores. Desde a promulgação da constituição cidadã, também tem competência para analisar questões constitucionais. Assim, o STF tem funções híbridas, porque suas decisões são grandes instrumentos de orientação para as demais instâncias julgadoras. E é exatamente por isso que analisaremos o papel que tem na fixação da extensão normativa dos conceitos jurídicos.

A princípio, a Suprema Corte deveria ter decisões apenas de direito, contudo há valorações em seus julgados. Em muitas vezes, a análise do caso depende de prévia determinação de conceitos abertos, que variam de tempos em tempos. Ao contrário do que Mendonça fez em sua obra, não escolhemos um conceito específico a ser trabalhado e definido em seus acórdãos. Decidimos analisar uma decisão da plenária daquela corte, analisando os pontos principais relacionados à tópica, unicamente para comprovar e exemplificar a característica intrínseca das decisões do egrégio tribunal citado.

Na sustentação dos votos dos ministros recorre-se a vários doutrinadores, sendo expediente utilizado com frequência pelos tribunais, a fim de dar maior solidez à decisão adotada. Raro são as vezes em que não há em uma decisão do STF ou em votos dos ministros amparo doutrinário, jurisprudencial e legal. Mostraremos também uma fundamentação exitosa, pois é amparada em decisão anterior própria da corte, da turma ou até mesmo do ministro. Deixando-se claro que aquela fundamentação é tautológica.

Também há votos dos ministros não concordando com o voto do relator, ou até mesmo com precedentes de outras turmas e até mesmo do plenário, contudo curva-se a decisão deste devido a sua importância, ou seja, é o peso institucional apesar da liberdade de decidir dos magistrados. Ocorre quase da mesma forma com a súmula vinculante.

Mas essa análise sempre terá como escopo a análise da atividade de concretização dos conceitos jurídicos indeterminados. Não obstante a tentativa de engessar a posição dos magistrados de instâncias inferiores há mudanças na jurisprudência devido à opinião pública, críticas da comunidade jurídica e efeitos concretos de decisões tomadas no passado.

5.3 – Análise de Jurisprudência do STF e seus Fundamentos Tópicos

A decisão a ser analisada é uma proferida pelo tribunal pleno de uma medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade de n.º 3.540-1 em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Como dito anteriormente, a decisão dessa corte é recheada de instrumentos tópicos, com isso, os votos dos ilustres ministros possuem elementos caracterizadores deste pensar.

O objeto abordado desta ação, assim como o seu relatório não são úteis neste momento. A reflexão será unicamente em cima de trechos dos votos dos ministros em que há uma abordagem tópica. Procuramos desta forma não utilizar um anexo onde consta a decisão na íntegra, mas copiar apenas os trechos necessários para o entendimento e observação da utilização desta técnica pelo STF.

O primeiro voto é do ministro relator Celso de Mello. Neste, por ser extenso, trata de inúmeros aspectos tópicos possíveis em uma decisão, tais como: conceitos indeterminados, princípios, valores, doutrina, precedente, legalidade, opinião pública, pressão externa, etc.

Em seu voto, há claramente a conceituação de expressões indeterminadas, de apego a valores e de respeito a doutrinadores, ou seja, da opinião da elite intelectual jurídica. Além de determinar conceitos, há a utilização em seu voto de jurisprudência para balizar a sua decisão. Como demonstra o excerto a seguir:

“Nesse contexto, e tal como enfatizado por esta Suprema Corte (RTJ 164/158-161), impende destacar, na linha desse processo evolutivo, os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, e que realçam o princípio da liberdade”⁹¹.

Não obstante a utilização de decisões anteriores desta corte, devemos tomar o cuidado de evitar o uso de precedentes no qual o ministro tenha sido relator, pois pode comprometer a fundamentação, visto ser esta exitosa.

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao pronunciar-se sobre esse específico aspecto concernente à questão do “periculum in mora”, já

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 544.

advertiu que “O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza – não obstante o relevo jurídico da tese deduzida – o reconhecimento da situação configuradora do periculum in mora, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada” (RTJ 152/692-693, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”⁹².

Percebe-se assim, que embora seja do mesmo relator a decisão, é importante o uso de precedente na motivação de seu voto. Ainda, temos as pressões externas, tanto econômicas como políticas que podem influenciar nas decisões, visto que o Supremo Tribunal Federal é uma corte também política.

“Dentro desse contexto, e com absoluta fidelidade aos valores constitucionais suscetíveis de tutela estatal e de proteção social, editou-se a Medida Provisória em questão, e de cuja prática, ao longo destes últimos quatro (04) anos – tal como atestam as informações prestadas pelo Senhor Presidente da República (fls. 48/132) e acentuam as diversas manifestações produzidas pelos “amici curiae” (fls. 139/150, 153/176, 268/275, 280/285, 328/341, 205/262, 294/324 e 364/377) – não resultou o alegado efeito lesivo e predatório ao patrimônio ambiental, como temido pelo eminente Senhor Procurador-Geral da República”⁹³.

Ainda como exemplo das pressões externas sofrida, há a opinião pública:

“Vale referir, Senhor Presidente, neste ponto, até mesmo em face da justa preocupação revelada pelos povos e pela comunidade internacional em tema de direitos humanos, que estes, em seu processo de afirmação e consolidação, comportem diversos níveis de compreensão e abordagem, que permitem distingui-los em ordens, dimensões ou fases sucessivas resultantes de sua evolução histórica”⁹⁴.

Esses fatores externos podem ser de toda ordem, como os já exemplificados. Há outro fator também importante, o da autoridade de órgãos e autoridades elaboradoras de pareceres e decisões, para exemplificar temos os órgãos internacionais.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 562.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 549.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 543-544.

“A questão do meio ambiente, hoje, especialmente em função da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) e das conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92), passou a compor um dos tópicos mais expressivos da nova agenda internacional (GERALDO EURÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA, “Direito Ambiental Internacional”, 2ª ed., 2002, Thex Editora), particularmente no ponto em que se reconheceu, ao gênero humano, o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que lhe permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e de bem-estar”⁹⁵.

Assim, como demonstrado anteriormente, a utilização da doutrina é extensa, bem como de opiniões de autoridades como interferência. Já explanado, a fundamentação e os motivos de uma decisão são instrumentos puramente tópicos. E com isto, exemplificamos mais essas características no voto do ilustre relator.

“Os motivos que me levam a assim compreender a questão, ao menos em juízo de estrita delibação, prendem-se a essas razões e, ainda, aos fundamentos que o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, com igual consistência, bem expôs em sua manifestação, na qual sustentou a plena validade jurídico-constitucional da Medida Provisória editada por seu antecessor (fls. 180/190)”⁹⁶.

O pensar de como será a repercussão da decisão é uma característica intimamente ligada à forma de raciocínio tópico.

“Cumpre também destacar, neste ponto, as conseqüências, que, derivadas da decisão ora em exame, já começam a se verificar, gerando, na espécie, verdadeiro “periculum in mora” em sentido inverso, cuja ocorrência recomenda a pronta restauração da eficácia da Medida Provisória em causa”⁹⁷.

Trazemos ainda dois exemplos bem completos de segmentos do voto do ministro em que trata de precedentes, de doutrina, de conceito indeterminado, etc.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 546.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 551.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 563.

“Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 158/205-206), Rel. Min. CELSO DE MELLO), com apoio em douta lição expendida por CELSO LAFER (“A reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 131/132, 1988, Companhia das Letras), de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “Direito Ambiental Brasileiro”, p. 121/123, item n. 3.1, 13ª ed., 2005, Malheiros) – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-as, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social”⁹⁸.

E, o outro excerto:

“Isso significa, portanto, Senhor Presidente, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, “hic et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que no entanto – tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos (...), que a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente”⁹⁹.

Como visto, os trechos citados estão repletos de características da tópica em sua forma de pensar. Ainda, no voto do ministro Nelson Jobim, o então presidente daquela corte, também possui vários aspectos desta técnica.

“O Ministro-Relator, Celso de Mello, propôs, em seu voto, não referendar a decisão que proferi no dia 25 de julho de 2005. Deferi a liminar, considerando a leitura que fiz, naquele momento, do inciso III do §1º do art. 225, na linha suscitada pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral”¹⁰⁰.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 543.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 566-567.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 570.

Neste segmento, temos clara a visão do ministro em proferir o seu voto com base na ocasião, ou seja, com vistas que a sua opinião sobre determinado tema pode mudar dependendo do momento em que é proferida.

Ainda de forma cristalina, temos o voto do ministro Eros Grau utilizando os elementos tópicos para a sua fundamentação.

“A supressão de vegetação em espaços territoriais especialmente protegidos, sujeita à autorização do órgão ambiental competente, pode ser definida caso a caso, por esse órgão. O que se não pode é suprimir qualquer dos espaços territoriais especialmente protegidos sem que a lei em sentido formal o determine”¹⁰¹.

Percebemos o claro entendimento do ministro que o seu voto é baseado caso a caso, assim como da corte a que pertence. Deixando expresso o claro aspecto tópico da Suprema Corte. Também conferimos esse mesmo elemento no voto do ministro Cezar Peluso, em que diz:

“entendo que essa racionalidade da norma mostra também que o uso, diante das circunstâncias do caso concreto, pode, eventualmente, implicar desvio de poder, mas suscetível de correção imediata, o que seria difícil se o uso dependesse de ato legislativo, o qual não pode ser questionado sob o aspecto do seu merecimento, etc.”¹⁰².

Ainda, no voto do ministro Carlos Britto, percebemos elementos tópicos e argumentativos, como o uso de palavras e seus significados; ou seja, a tradução de conceitos, assim como no voto do ministro-relator. “E já começo a me preocupar, porque suprimir é extinguir, extirpar, arrancar, erradicar, eliminar; e vegetação, o que é? Não é uma árvore, não são duas árvores, é coletivo de vegetal. Então, é todo um conjunto de espécimes botânicos”¹⁰³.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 573.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 584.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 575.

Os demais ministros, ou utilizaram em seus votos elementos tópicos já analisados no presente trabalho, ou apenas seguiram a fundamentação e o voto do relator.

Foi possível perceber durante a extensão do trabalho de que há inúmeras utilidades da tópica para o direito, devido a sua extrema importância. É inegável a sua contribuição, principalmente tendo como usuário desta técnica o Supremo Tribunal Federal quando colabora com a afirmação de certos conceitos jurídicos.

Ainda, por muitas vezes os ministros afastam-se da técnica em busca da justiça. Esse afastamento é acompanhado de forte fundamentação sob pena de perda de credibilidade. Como já informado anteriormente a motivação tem a sua base tópica, quando se utiliza de doutrina, jurisprudência, etc.

A tópica vem acrescentar para o mundo jurídico devido à força dos precedentes e hierarquias. Também temos como elemento tópico nas decisões a origem dos ministros as quais as influenciam.

Há o elasticamento e a definição de conceitos constitucionais com a sua utilização, abrangendo os direitos dos cidadãos. Apesar das inúmeras possibilidades de contribuição, deve-se atentar para não extrapolar os limites, e preservar a estabilidade do sistema.

Segundo ensinamento de Mendonça:

“Obviamente, a lei é um ponto de partida importante no processo de aplicação do direito, mas este é muito mais amplo do que um procedimento silogístico de adequação entre o fato e a norma abstrata. Em verdade, as decisões dos tribunais dão sentido histórico aos conceitos jurídicos, contidos no direito positivado, o que torna indispensável o conhecimento da jurisprudência, para que se tenha precisão quanto ao conteúdo normativo do ordenamento jurídico”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 375.

Conclusão

O presente trabalho procurou demonstrar a pertinência da tópica no direito, pois a atividade judicial é conjunto de práticas de natureza tópica (argumentos, realidade, senso comum, valores, precedentes). Ocorre desta forma há séculos.

Na Idade Média, harmonizou-se assim a dogmática da Igreja com raciocínios próprios da opinião através da escolástica. Mendonça em sua obra conclui brilhantemente:

“No pensamento medieval, verdade e direito caminhavam juntos, com base na crença na racionalidade dos textos romanos, muito embora na antiguidade a premissa originária do método dialético fosse a de que o direito tem caráter argumentativo e no campo da argumentação não existem verdades, mas apenas opiniões majoritárias”¹⁰⁵.

Os romanos não possuíam caráter sistemático, apenas desenvolveram princípios com base em procedimentos de generalizações. Esses esquemas abstratos e as generalizações foram adotados na Era Moderna. A contraposição entre o medievo e a modernidade é clara quanto às fontes da verdade para cada época, para aquela a autoridade dos textos e a providência divina, já esta trocou, e é a soberania do estado e a racionalidade humana.

Após, vieram as teorias contratualistas que deram respaldo para construções sistemáticas. Desta forma, contraria a pluralidade de jurisdições existentes, passando para a fase do monopólio estatal de criação e aplicação das normas, como afirmação da soberania.

As principais características da modernidade são: o pensamento jurídico lógico-dedutivo, juízos racionais e não contingências históricas, porque a finalidade de ambas as formas de pensar era o casuísmo e moralismo da tópica contra a ordem e segurança jurídica da sistemática.

O ápice do racionalismo ocorreu com o positivismo e com a codificação. A pandectística também afastou os institutos das bases históricas. O normativismo de Kelsen é extremado.

¹⁰⁵ MENDONÇA, P. R. S. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 378.

Ainda que seja um sistema de normas, o direito não pode esquecer que os elementos formadores são decorrentes de toda uma consolidação cultural da tradição jurídica, derivada do direito romano, canônico e costumeiro.

Tentou-se a partir da Idade Moderna uma ruptura com o passado, contudo não foi possível porque a base de seu pensamento é histórica. Sempre houve resgate a importância deste elemento na formação do direito. Os parâmetros lógicos formais do positivismo demonstraram-se inaplicáveis, com base em Viehweg e Perelman.

As codificações do século XIX tentaram o rigor sistemático, todavia foram vencidos pela realidade. Perelman ressalta outro equívoco do positivismo ao aplicar padrões de uma lógica demonstrativa, visto a impossibilidade para o direito de acordo com a sua natureza de premissas imprecisas e genéricas, sendo ele um saber argumentativo.

O que dava a uniformidade era a classe profissionalizante de juristas difundindo e formando conceitos, os quais quase como em consenso os tratavam como semelhantes e concatenados. Porém, todos os conceitos não são eternos, mudam com o tempo.

Perelman e Viehweg mostram a inaplicabilidade do paradigma lógico formal devido à construção normativa pelos aplicadores do direito. Adotamos também, como Mendonça, a teoria de que a tópica é complementar ao sistema, por este motivo estudamos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A motivação faz uma ligação entre a bagagem conceitual e principiológica com as características do caso. Escolhemos o STF por ser a corte de maior hierarquia, e também por guardar a Constituição Federal. Esta possui inúmeras competências e preocupações entre elas: preservação do seu papel institucional, com a coerência; atenção aos precedentes devido à manutenção de sua credibilidade política; princípio da equidade, não obstante a fartura de argumentos de ordem técnica; fixação do sentido de inúmeros conceitos jurídicos indeterminados ou abertos; previsibilidade das repercussões sociais dos julgados, e; formação de entendimentos majoritários, apesar de não criarem leis, há a construção de linhas interpretativas. Essa última reflexão leva a um atenuamento do princípio da separação de poderes.

Provou-se, assim, que a Corte Superior tem papel importante na criação de normas e deve-se dar importância a funções normativas da jurisprudência. A idéia foi achar um ponto de equilíbrio entre tópica e sistema. Uma idéia é a hierarquia

entrelaçada q une hierarquia de Kelsen com a tópica. Esse tipo de sistema da importância para o papel dos tribunais na atividade normativa, e uma análise percebe que o prestígio individual de cada juiz influencia na decisão.

É um repensar dos fundamentos da ciência jurídica. No estado democrático ainda é possível perceber inúmeras formas de pressão sobre a classe judiciária, como: grupos de pressão, meios de comunicação de massa, etc.

O estudo procura restaurar os vínculos históricos e culturais, tendo em vista que a sociedade e o direito não são estanques. O repensar tópico não implica na exclusão do sistema, mas sim no reconhecer que a cultura jurídica é resultado de uma consolidação histórica de instituições construídas a partir de procedimentos argumentativos.

Procuramos desta forma, mostrar a importância da tópica para uma emancipação social, em que há uma evolução e emancipação social. Como bem explana Salustiano.

“Toda essa discussão, não está no terreno da escolástica estéril, vincula-se intrinsecamente a essas novas problemáticas apresentadas pela contemporaneidade, mormente quando dirigimos nossas reflexões aos países pobres como é o caso do Brasil e sobretudo ao outro, *ao alter*, que está ao nosso lado e não vemos, ou fingimos não ver, aos desvalidos da humanidade, excluídos do sistema político e social, e do mercado de consumo, por isso mesmo tidos como imprestáveis”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ SILVA, Dimas Salustiano da. *Tópica, Analítica e Direito: reflexões para o jurista contemporâneo*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, vol. 28, n.º 28, 1994/1995, 209.

Referências

ARISTÓTELES. *Tópicos, Dos Argumentos Sofísticos*. Traduções de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*: teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 3.540-1-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. Ementário n.º 2219-3, p. 528-595.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 10ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Tópica e argumentação jurídica*. In Revista de Informação Legislativa, vol. 41, n.º 163, jul./set. 2004, p. 153-165.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CAPPLLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GADAMER, Georg-Hans. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALVÃO, Flavio Alberto Gonçalves. *A Tópica é ou não um método de interpretação?* In Fmu Direito: Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo, vol. 10, n.º 14, jan/jun 1996, p. 249-267.

LUDWIG, Celso Luiz. *Gadamer*: a racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade. In FONSECA, Ricardo Marcelo. (org.) *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 145-155.

_____. *Para uma Filosofia da Libertação*: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MELGARÉ, Plínio. *Considerações sobre a tópica jurídica*. In Revista da Ajuris: Doutrina e Jurisprudência, vol. 26, n.º 78, jun. 2000, p. 246-262.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. *Anotações Sobre a Tópica*. In Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis, vol. 2, n.º 2, ago./dez. 1999, p. 191-215.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Lógica Jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. Coleção para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, vol. 4. São Paulo: Cortez, 2006.

SILVA, Dimas Salustiano da. *Tópica, Analítica e Direito: reflexões para o jurista contemporâneo*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, vol. 28, n.º 28, 1994/1995, 189-210.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *A hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais e seus métodos e interpretação* (da tópica jurídica de Theodor Viehweg ao método concretizador de Peter Häberle). In Direito em Revista, vol. 1, n.º 1, out. 2001, p. 53-70.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.